

Der privatrechtliche Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Denzler

von Zürich

Genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. H. Oppikofer

1953

Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507224_0053

Der privatrechtliche Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans Rudolf Denzler

von Zürich

Genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. H. Oppikofer

1953

Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 7. Juli 1951

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiß



Inhaltsverzeichnis

Literaturangaben	VII
Abkürzungen	X
Vorwort	XI

1. Kapitel:

Die Rundfunksendung

§ 1. Begriff und Wesen der Sendung	1
I. Allgemeine Umschreibung	1
II. Die Rundfunksendung im engern Sinne, der Rundspruch	5
§ 2. Sendegut und technischer Sendevorgang	7
I. Das Sendegut	7
II. Der technische Sendevorgang	9
§ 3. Die Rechtsgrundlagen des Sendebetriebs	11
I. Die staatliche Funkhoheit	11
II. Die schweizerische Regelung im Einzelnen	13
§ 4. Die Rechtsnatur der Rundfunksendung	15
I. Ausgangspunkt	15
II. Das Verhältnis der Rundfunksendung zu den bisherigen rechtlich geschützten Befugnissen des Urhebers	16
III. Das Senderecht als selbständiges Werknutzungsrecht des Urhebers	24
§ 5. Adressat und Zweckbestimmung der Sendung	25
I. Adressat der Sendung	25
II. Zweckbestimmung der Sendung	26

2. Kapitel:

Der Rundfunkempfang

§ 6. Die technischen Voraussetzungen	28
I. Einfangen und Auswahl der Radiowellen	28
II. Umwandlung der Radiowellen in Schallwellen	29
§ 7. Die rechtlichen Voraussetzungen	29
I. Der Rundfunkempfang als Teil des staatlichen Radioregals	30
II. Die Radio-Empfangskonzession im Allgemeinen	31

§ 8. Die Rundsprach-Empfangskonzessionen	32
I. Radorundsprach-Empfangskonzession der Klasse I	33
II. Radorundsprach-Empfangskonzession der Klasse II	35
III. Radorundsprach-Empfangskonzession der Klasse IIa	36
§ 9. Die Konzessionsgebühren	37
I. Wesen und Rechtsnatur der Konzessionsgebühren	37
II. Die Gebührenfrage auf internationalem Gebiet	38
III. Die spezielle Gebühr der Empfangskonzession IIa	39
IV. Einzug und Verteilung der Konzessionsgebühren	42
§ 10. Die Rechtsbeziehungen des Konzessionärs zum Rundfunksender und zum Staat als dem Inhaber der Funkhoheit	43
I. Rechtsbeziehungen zwischen Konzessionär und Sender	43
II. Rechtsbeziehungen zwischen Konzessionär und Staat	44

3. Kapitel:

Die Verwertung der Rundfunksendung

§ 11. Die Verwertung im Allgemeinen	46
I. Begriff und Wesen der Verwertung	46
II. Bestimmungsgemäße Verwertung	47
§ 12. Die gewerbliche Verwertung im Besonderen	49
I. Begriff und Wesen der gewerblichen Verwertung	49
II. Das Subjekt der Verwertungshandlungen	50
III. Das Objekt der Verwertungshandlungen	51
§ 13. Die Arten der gewerblichen Verwertung	52
I. Die direkte gewerbliche Verwertung der Sendung	52
II. Die indirekte gewerbliche Verwertung	57
§ 14. Die durch die gewerbliche Verwertung der Sendung entstehen- den Interessen- und Rechtskonflikte	58
I. Die gewerbliche Verwertung als konzessionswidrige Handlung	58
II. Die gewerbliche Verwertung als Urheberrechtsverletzung	60
III. Die gewerbliche Verwertung als Ausbeutung der Arbeitslei- stung der Sendegesellschaft	63

4. Kapitel:

Der Schutz der Sendung vor gewerblicher Verwertung

1. Abschnitt: Vorbemerkungen

§ 15. Ausgangslage und Problemstellung	65
I. Heutiger Rechtszustand	65
II. Schutzbedürfnis und Interessenabwägung	66

2. Abschnitt: Der Rechtsschutz de lege lata

§ 16.	Die Sendung in sachenrechtlicher Betrachtung	70
§ 17.	Die Sendung in persönlichkeitsrechtlicher Betrachtung	72
§ 18.	Die Sendung in urheberrechtlicher Betrachtung	74
	I. Das Werk als Schutzobjekt des Urheberrechts	74
	II. Die urheberrechtliche Natur der Sendung	75
§ 19.	Die gewerbliche Verwertung der Sendung als ungerechtfertigte Bereicherung	79
§ 20.	Die gewerbliche Verwertung der Sendung als unerlaubte Handlung	83
§ 21.	Die gewerbliche Verwertung der Sendung als unlautere Wettbewerbshandlung	85
	I. Wettbewerbsverhältnis zwischen Sender und Verwertendem?	85
	II. Anwendung unlauterer Mittel?	89

3. Abschnitt: Der Rechtsschutz de lege ferenda

§ 22.	Das Recht an der Sendung	90
	I. Allgemeiner Grundsatz	90
	II. Der Träger des Rechtes an der Sendung	93
	III. Die Natur des Rechtes an der Sendung	95
§ 23.	Der Rechtsschutz der Sendung im Einzelnen	97
	I. Inhalt und Umfang des Rechtsschutzes	97
	II. Geltungsbereich des Rechtsschutzes	104
	III. Erteilung der Verwertungserlaubnis	106
	IV. Die Entschädigung für die gewerbliche Verwertung	109
§ 24.	Verhältnis von Recht an der Sendung und Urheberrecht	111
	I. Vorbemerkung	111
	II. Konflikt zwischen Sendegesellschaft und Urheber	112
	III. Lösung des Konfliktes	114
§ 25.	Das Recht an der Sendung als gewerbliches Schutzrecht	116
	I. Die deutsche Leistungsschutz-Theorie	117
	II. Das Recht an der Sendung als «droit connexe»	120
	III. Vorschlag für die Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes	122
§ 26.	Recht an der Sendung und staatliche Funkhoheit	127
	I. Die öffentlichrechtliche Verwertungserlaubnis	127
	II. Der Staat als Verwerter der Rundfunksendung	130

Anhang:

Der privatrechtliche Schutz des Rundfunkprogramms

I. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage	133
A. Die Entwicklung der schweizerischen Radioprogramme . . .	133
B. Die Pflicht zur Bekanntgabe der schweizerischen Programme	134
C. Die Forderung der SRG nach einem Recht an den Programmen	138
II. Rechtsgrundlagen zum Schutze des Radioprogramms	139
A. Vorbemerkungen	139
B. Das Radioprogramm als Zeitungsinhalt	142
C. Das Radioprogramm als gewerbliche Leistung	149
Schlußwort	152

Literaturangaben

- Aeschlimann O.: Der Radioverkehr in Wirtschaft und Recht, Bern 1924.
- Birch O.: Grundlagen des Rechts der schweizerischen Radiosendestationen, Diss. Zürich, 1944.
- Blau Th.: Die Schallplatte im schweizerischen Urheberrecht unter Berücksichtigung des deutschen Rechtes und der Berner Uebereinkunft, Diss. Bern, 1936.
- Bollecker L.: Etude de quelques problèmes de droit privé en matière de radiodiffusion, Thèse Paris, 1933.
- Buser J.: Radiorecht, i. ZSR N. F. Bd. 51, S. 1 a ff., zit. Buser.
- v. Büren R.: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1945.
- Dawid H.: Der Rundfunk und das Urheberrecht, Diss. Berlin, 1935.
- Egger A.: Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Personenrecht, Zürich, 1930.
- Elster A.: Urheber- und Erfinder-, Namenszeichen und Wettbewerbsrecht, Berlin und Leipzig 1928.
- Elster A.: Gewerblicher Rechtsschutz, Berlin und Leipzig 1921, zit. Elster.
- Faßbind F.: Dramaturgie des Hörspiels, Zürich 1943.
- Fränkel F.: Der Rechtsschutz des Zeitungsinhalts, Marburg 1912.
- Gierke O.: Deutsches Privatrecht, Bd. 1 und 2, Leipzig 1895.
- Gilliéron Ch.: Les droits de l'auditeur de radiodiffusion, Diss. Lausanne, 1936.
- Guhl Th.: Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1944.
- Hafer E.: Personenrecht i. Kommentar Gmür, Bern 1913.
- Homberger A.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1943.
- Iklé G.: Urheberrechtliche Befugnisse an Werken der Tonkunst und technische Entwicklung, Diss. Zürich, 1938.
- Jaccottet G.: Le droit d'auteur et les émissions radiophoniques, Diss. Lausanne 1935.
- Kern Th.: Die urheberrechtliche Wiedergabe, insbesondere mittels Film und Schallplatte, Zürich 1945.
- Kohler J.: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsvertrag, Stuttgart 1906.
- Ladas S.: The international protection of literary and artistic property, 2 Bde., New York 1938.
- Leemann H.: Kommentar zum Sachenrecht, i. Komm. Gmür, Bern.

- de Leusse R.: L'auteur et la radiodiffusion, le droit d'auteur et la radiodiffusion, le public de la radiodiffusion et l'auteur, Diss. Lyon, 1934.
- Lichtenstein W.: Das Urheber-, und insbesondere das Schallplattenurheberrecht des wiedergebenden Künstlers, Günzburg 1934.
- Lißbauer K.: Die österreichischen Urheberrechtsgesetze, Wien 1936.
- Mann W.: Genießt der Urheber von Werken der Literatur nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz Schutz gegen die Rundfunksendung? Diss. Kiel 1930.
- Marwitz B. und Möhring P.: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst in Deutschland, Berlin 1929.
- Mitteis H.: Grundriß des österreichischen Urheberrechts nach dem Gesetz vom 9. April 1936, Wien 1936.
- Neugebauer E.: Funkrecht, 2. Auflage, Berlin 1926.
- Oser H. und Schönenberger W.: Das Obligationenrecht, Zürich 1929 ff.
- du Pasquier A.: Le droit du fabricant sur les disques de gramophone, Diss. Genf, 1940.
- Piola Caselli E.: Diritto di autore, Turin 1943.
- Ratzkowski K.: Urheberrechtliche Studien zum Radio, Diss. Königsberg, 1929.
- de Reding R.: Droit d'auteur et radiodiffusion, Bern 1948.
- Reininger G.: Der Schutz des Urheberrechts im deutschen Rundfunk, Diss. Erlangen, 1928.
- de Rham J.: Le régime de la presse quant au droit de reproduction, Diss. Lausanne, 1932.
- Runge K.: Urheber- und Verlagsrecht, 1. Lieferung, Bonn 1948.
- Saudemont A.: Etude de quelques droits de l'état et des particuliers dans le domaine de la radiophonie, Diss. Paris, 1927.
- Steinberg, A.: Der urheberrechtliche Schutz gegenüber radiotechnischer Wiedergabe von Werken der Literatur und Tonkunst, Diss. Köln, 1926.
- Straschnov G.: Le droit d'auteur et les droits connexes en Radiodiffusion, Bruxelles 1948.
- Streuli A.: Urheberrecht in der Schweiz, Genf 1943.
- v. Thur A. und Siegwart A.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1942.
- Tuor P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Zürich 1940.
- Troller A.: Das Delikt des unlauteren Wettbewerbs, Diss. Freiburg 1937, zit. Troller, Das Delikt.
- Troller A.: Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948, zit. Troller.
- Weiß R.: Das Urheberrecht an dramatisch-musikalischen Werken, Diss. Bern, 1933.
- Zehn Jahre Schweizer Rundspruch, herausgegeben vom Schweizerischen Rundspruchdienst, Zürich 1941.

Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen.

Die aus den nachstehend aufgeführten Zeitschriften und Sammlungen entnommenen Zitate sind im Text und in den Anmerkungen mit Quellenangaben erwähnt und in der obenstehenden Literaturangabe nicht enthalten.

Zeitschriften

Archiv für Funkrecht, Berlin, inkl. Sonderhefte 1—6, zit. ArchFR.

Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht, Berlin, zit. UFITA.

Blätter für Funkrecht, Berlin, zit. BlFR.

Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern, zit. BBl.

Droit d'Auteur, revue mensuelle du bureau de l'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, zit. D. A.

Deutsche Juristenzeitung, München und Berlin.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung, zit. BGE.

Geistiges Eigentum, Internationale Zeitschrift für Theorie und Praxis des Urheberrechts und seiner Nebengebiete, Zürich.

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift des deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums, zit. GRUR.

Juristische Wochenschrift, Berlin.

Schweizerische Juristenzeitung, zit. SJZ.

Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, zit. Z. S. R.

Abkürzungen

- A. S. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze.
- B. S. Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen,
1848—1947.
- BUe Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur
und Kunst, vom 9. Sept. 1886, revidiert in Berlin (1908), Rom
(1928) und Bruxelles (1948), A. S. 10, S. 219 ff.
- PTT Post, Telephon und Telegraph.
- SRG Schweizerische Rundsprach-Gesellschaft.
- TVG Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz vom 14. Okt. 1922,
A. S. 39, S. 13 ff., B. S. 7, S. 867 ff.
- UIR Union internationale de Radiodiffusion, Genf.
- URG Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litera-
tur und Kunst, vom 7. Dez. 1922, A. S. 39, S. 65 ff., B. S. 2,
S. 817 ff.
- UWG Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, vom 30. Sept.
1943, A. S. 61, S. 1 ff., B. S. 2, S. 951 ff.
- VVO I Vollziehungsverordnung I zum TVG, vom 1. Juni 1942, A. S. 58,
S. 549 ff., B. S. 7, S. 880 ff.
- Weitere Abkürzungen im Zeitschriften-Verzeichnis.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand in den Jahren 1949/50 unter dem Eindruck der in den Kriegs- und Nachkriegsjahren erfolgten außerordentlichen Entwicklung auf dem Gebiete des gesamten Nachrichtenwesens. Damals wie heute stellte sich die Frage, ob die Rechtsordnung, die sich aus den verschiedensten Gründen mit den Erscheinungen der Technik zu befassen hatte, dem Fortschritt zu folgen vermochte. Es ging darum, am Beispiel des Rundfunks zu untersuchen, ob die bloße Gesetzesinterpretation ausreiche, um Erscheinungen zu erfassen, welche dem Gesetzgeber völlig unbekannt waren. Die Arbeit sollte überdies dazu beitragen, bestehende Gesetze vor der Verwässerung durch ihre Anwendung auf artfremde Tatbestände zu bewahren. Und schließlich stellt sie einen Beitrag zur Weiterentwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes dar.

Aus verschiedenen Gründen konnte die Drucklegung erst erfolgen, nachdem auf internationaler Ebene im November 1951 in Rom ein Konventionsentwurf über die Rechte der ausübenden Künstler, der Schallplattenproduzenten und der Funkorganisationen ausgearbeitet worden war, der hier nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Dennoch dürften die rechtspolitischen Postulate, die sich aus den nachstehenden Untersuchungen ergeben haben, bei einer Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes in Erwägung gezogen werden können.

An dieser Stelle sei in Dankbarkeit meines verehrten Lehrers, Herrn Prof. Dr. H. Oppikofer, gedacht, der leider viel zu früh aus seinem Wirken abberufen wurde; er war dieser Arbeit stets ein freundlicher Förderer.

Zürich, im Februar 1953

Der Verfasser.

1. Kapitel

Die Rundfunksendung

§ 1. Begriff und Wesen der Sendung

I. Allgemeine Umschreibung

Unter Rundfunksendung im weitesten Sinne verstehen wir eine auf radio-elektrischem Wege¹ erfolgende Uebermittlung von Tönen².

Dadurch, daß die Töne auf radio-elektrischem Wege zum Wahrnehmenden gelangen, unterscheidet sich die Rundfunksendung von jeder anderen akustischen Mitteilungsform³. Zwischen dem Mitteilenden und dem Wahrnehmenden braucht eine enge persönliche oder räumliche Beziehung nicht zu bestehen. Es ist nicht nötig, daß beide in einem Raume anwesend sind, oder daß beide mit einem elektrischen Leiter miteinander verbunden sind⁴. Der Entfernung zwischen Mitteilendem und Wahrnehmendem sind theoretisch keine Grenzen gesetzt; praktisch allerdings hängt das Ausmaß dieser Entfernung, das dem Wirkungsbereich des Rundfunksenders entspricht, von Stärke und Lage des Senders sowie von atmosphärischen Umständen verschiedenster Art ab.

Ein weiteres Wesensmerkmal der Rundfunksendung ist die Gleichzeitigkeit von Mitteilung und Wahrnehmung, von Sendung und Empfang. Die zur Uebermittlung gelangenden Töne werden praktisch im gleichen Augenblick wahrgenommen, in

¹ Vgl. dazu die Beschreibung des technischen Sendevorganges in § 2, II, S. 9 ff.

² Der Ausdruck «Ton» bedeutet hier zunächst Schallwellen, also physikalische Erscheinungen, ohne Rücksicht darauf, ob sich diese innerhalb der Wahrnehmungsgrenzen des menschlichen Gehörs befinden.

³ So z. B. vom natürlichen Singen, Sprechen, Musizieren, oder von der auf elektrischem Wege erfolgenden Mitteilung durch Telephonie.

⁴ Telephonie, Telegraphie.

dem sie in der Form von elektrischen Schwingungen in den Aether ausgestrahlt werden, obgleich sie mitunter einen Weg von Tausenden von Kilometern zurückzulegen haben⁵.

Die Töne, die sich durch die Rundfunksendung übermitteln lassen, können aus dem ganzen großen Bereich der durch das menschliche Ohr registrierbaren Erscheinungen stammen. Zwar sind, wie wir in Anm. 2 gesehen haben, auch solche akustischen Erscheinungen zur radio-elektrischen Uebermittlung geeignet, die nicht mehr in den sinnlichen Wahrnehmungsbereich des menschlichen Gehörs fallen, doch sind sie für unsere weiteren Untersuchungen nicht von Bedeutung. Eine besondere Gestaltung der übermittelten Töne ist nach dem Wesen der Rundfunksendung im weiteren Sinne nicht unbedingt erforderlich: der musikalische Ton kann gleichermaßen gesendet werden wie das Geräusch, der durch die menschliche Stimme erzeugte Ton wie der mechanisch oder elektrisch hergestellte.

Nicht zu verwechseln mit der Frage nach der akustisch-physikalischen Beschaffenheit der gesendeten Töne ist diejenige nach Sinn und gedanklichem Inhalt, die, der Töne als Ausdrucksmittel sich bedienend, zum Wahrnehmenden gelangen sollen. Dieser Fragenkomplex, der das Sendegut betrifft, wird im folgenden Abschnitt erörtert werden, im Zusammenhange mit der Rundfunksendung im engeren Sinne.

Die oben umschriebene Rundfunksendung im weiteren Sinne läßt sich nun nach der Art der übermittelten Töne in zwei Hauptgruppen einteilen:

1. Uebermittlung von akustischen Zeichen (Signalen); sie wird vor allem in folgender Weise verwendet:
 - a) Sendung von Morsezeichen (im funk-telegraphischen Verkehr.). Sie dient der Uebermittlung von Nachrichten aller Art, vor allem für militärische und polizeiliche Zwecke, für Luft- und Schifffahrt. Diese Nachrichten-Uebermittlungsart wird namentlich dann angewandt, wenn Geheimhaltung oder Sicherheitsmaßnahmen besonderer Art die Sendung des gesprochenen Wortes im Klartext verbieten, oder wenn eine Folge

⁵ Die Fortpflanzungsgeschwindigkeit der Radiowellen beträgt ca. 300 000 km/s.

gleich hoher Töne deutlicher vernommen werden kann als die Melodie der menschlichen Sprache, dies insbesondere im Verkehr über große Distanzen.

b) Sendung anderer akustischer Signale. Eine erschöpfende Aufzählung der verschiedenen zur Verwendung geeigneten Zeichen läßt sich nicht geben. Solche Sendungen finden Verwendung zur Funkpeilung von Flugzeugen und Schiffen, zur radio-elektrischen Uebermittlung von Bildern (Bildfunk), zu experimentellen Versuchen industrieller Betriebe und in Kriegszeiten auch zur Störung und Verdeckung anderer Sendungen.

2. Uebermittlung von musikalischen Tönen, von menschlicher Sprache und von Geräuschen aus Natur, Technik und Wissenschaft, d. h. von Tönen, die über den rein akustischen Gehalt hinausgehen und in ihrer Kombination und Folge zu Trägern von einem durch den menschlichen Geist verständlichen Inhalt werden, ohne daß das Verständnis eine vorangegangene Umsetzung, Uebersetzung oder sonstige Veränderung der Töne voraussetzen müßte⁶. Die direkte Aufnahme des Gehörten ist imstande, im Wahrnehmenden Erinnerungen, Gefühle oder Gedankenassoziationen wachzurufen, zu seiner geistigen Belehrung, Erbauung oder Unterhaltung beizutragen.

Hierzu gehören die drahtlose Telefonie und vor allem die Rundfunksendung im engern Sinne, der Rundspruch, der sogenannte Unterhaltungs-, Erbauungs- und Bildungsrundfunk, der Wort, Musik und Geräusch, meist in einer Kombination dieser drei Elemente, übermittelt und mit seinen Sendungen das ganze große Gebiet des Lebens und der menschlichen Geistestätigkeit umfaßt.

Betrachten wir die Rundfunksendung im weiteren Sinne nun noch nach dem Gesichtspunkte des Kreises der Wahrnehmenden, der entsprechend den Absichten der aussendenden und gemäß dem Inhalt der Uebermittlung erreicht werden soll, so ergibt sich uns eine weitere Zweiteilung der verschiedenen Arten von Sendungen:

⁶ Dies ist bei der Telegraphie der Fall, wo der Rhythmus der übermittelten Signale, der Morsezeichen, übersetzt werden muß.

1. Uebermittlung der Töne an einen einzelnen Wahrnehmenden oder an einen eng begrenzten Kreis von Hörern im Sinne eines individuellen Gespräches: die *radiocommunication*. Sie wurde von der 1947 in Atlantic City abgeschlossenen Convention Internationale des Télécommunications dahingehend charakterisiert, daß sie „toute télécommunication à l'aide des ondes hertziennes“ umfasse⁷.

Zur radiocommunication müssen demnach die drahtlose Telephonie und Telegraphie sowie die verschiedenen Arten von Funkpeilung und der Bildfunk gezählt werden. Kennzeichnend für diese Arten von Sendungen ist es, daß sie zumeist in einer technischen Form übermittelt werden, durch die die Mehrzahl der Radiohörer vom Empfang oder vom Verständnis des Empfangenen ausgeschlossen wird (Verwendung besonderer Radiowellen, von Morsezeichen oder anderer für die Öffentlichkeit unverständlicher Zeichen und Signalen, absichtliche Verstümmelung von Klartext etc.).

2. Uebermittlung der Töne an die Öffentlichkeit, an einen nicht begrenzten und auch nicht begrenzbaren Personenkreis: die *radiodiffusion* als Uebermittlung an jedermann, als „transmission unilatérale d'une personne active à un groupe de personnes passives“ oder „service de radiocommunication effectuant des émissions destinées à être reçues directement par le public en général“⁸. Der Gesprächscharakter fehlt hier völlig; einem einzelnen Mitteilenden steht die unbegrenzte Öffentlichkeit passiv wahrnehmender Zuhörer gegenüber. Diese Art der Rundfunksendung ist ihrem Wesen nach einem Konzert, einer Theateraufführung oder einem Vortrag vergleichbar. Den wich-

⁷ zit. bei Straschnow, S. 13.

⁸ Straschnow, a. a. O. An weiteren Definitionen der radiodiffusion seien genannt diejenigen von de Leusse (S. 29):

«le procédé radioélectrique qui permet de communiquer au public des oeuvres intellectuelles ...»

und des 4. Congres juridique international de la T. S. F. von 1930 (zit. bei de Leusse S. 29):

«transmissions à l'usage du public par la voie radio-électrique de sons ou d'images .

tigsten Teil der radiodiffusion stellt die Rundfunksendung im engern Sinne, d. h. der Rundspruch, dar.

Wenn im Vorhergehenden gesagt wurde, daß die Rundfunksendung der Uebermittlung von Tönen diene, so darf doch nicht außer Acht gelassen werden, daß zur Rundfunksendung im weitern Sinne auch die Uebermittlung von Bildern, die *Television*, gehört. Im Gegensatz zum Bildfunk, bei dem die Lichtwellen in Schallwellen übertragen und als solche gesendet werden, vollzieht sich bei der Television keine Umwandlung in akustische Erscheinungen, sondern die optischen Eindrücke, die die Sendestation aufnimmt, werden von ihr in der Gestalt von Radiowellen besonderer Art ausgestrahlt. Der Sendevorgang entspricht im Wesentlichen demjenigen der gewöhnlichen Rundfunksendung; außerdem soll durch die Television ebenfalls die breiteste Oeffentlichkeit erreicht werden. Es ist deshalb verständlich, daß die Convention von Atlantic City mit dem Oberbegriff der Radiocommunication auch die Television erfaßt, indem sie ausdrücklich erklärt: „ce service peut comprendre, soit des émissions sonores, soit des émissions de télévision, de fac-similé ou d'autres genres d'émission“⁹.

Leider gestattet uns der beschränkte Raum dieser Untersuchungen nicht, auch die Television in unsere Darlegungen mit einzubeziehen, doch sind wir der Ueberzeugung, daß die nachstehenden Ueberlegungen und Erkenntnisse bei sinngemäßer Anwendung auch für die im Zusammenhang mit der Television auftretenden Fragen von einigem Interesse sein könnten.

II. Die Rundfunksendung im engern Sinne, der Rundspruch

Als Rundfunksendung im engern Sinne, d. h. als Rundspruch, bezeichnen wir die auf radio-elektrischem Wege erfolgende und zur Wahrnehmung durch die Oeffentlichkeit bestimmte Uebermittlung von Sendegut.

⁹ zit. bei Straschnow, S. 13.

Die Hauptmerkmale, die den Rundspruch als Spezialfall der Rundfunksendung im weitem Sinne kennzeichnen, sind, wie wir oben erkannt haben, die folgenden:

1. Zur Aussendung gelangen Töne besonderer Art, die zum Träger von gedanklichem Inhalt geworden sind, die Sendegut von geistigem oder künstlerischem Inhalt wiedergeben.
2. Das zur Uebermittlung gelangende Sendegut wird in Form von Radiowellen der Oeffentlichkeit zur Verfügung gestellt, ist nach Form und Inhalt dazu bestimmt, von jedermann aufgenommen zu werden.

Im Folgenden werden wir mit **Rundfunksendung** das Arbeitsergebnis des Rundspruchbetriebes, das in der Form von Radiowellen in den Aether ausgestrahlt wird, bezeichnen, und nur ihm gelten die Untersuchungen dieser Arbeit.

Welches sind nun die einzelnen Vorgänge, die zum Zustandekommen der Sendung erforderlich sind, welches die Bestandteile, deren Gesamtheit und Zusammenwirken den Inhalt der Rundfunksendung bilden und durch den Aether in alle Welt gesendet werden?

Wir sind mit Caldwell¹⁰ der Ansicht, daß sich jede Sendung aus vier Faktoren zusammensetzt, nämlich

1. Aus der inhaltlichen Substanz, dem Inhalt, dem Programm, d. h. aus dem **Sendegut**;
2. aus der **Wiedergabe** des Sendegutes, aus dem Vortrag, der Aufführung, sei es durch die direkte persönliche Betätigung Ausübender oder durch Schallträger oder andere mechanische Instrumente, in denen das Sendegut enthalten ist;
3. aus der **Umwandlung** der durch die Wiedergabe erzeugten akustischen, mechanischen, elektrischen oder optischen Wellen in radio-elektrische, zur Verbreitung durch den Aether geeignete Impulse;
4. aus der **Ausstrahlung** dieser radio-elektrischen Wellen in den Aether.

¹⁰ i. ArchFR 1932, S. 486 f.

§ 2. Sendegut und technischer Sendevorgang

I. Das Sendegut

A. Terminologisches

Unser Sprachgebrauch bezeichnet die Darbietungen, die durch die Rundfunksendung dem Hörer vermittelt werden, als Rundfunk- oder Radioprogramm und versteht darunter die Gesamtheit des dem Hörer von der Sendestation zugeführten Gutes. Wir möchten für unsere Untersuchungen von der Verwendung dieser Bezeichnung absehen, weil mit dem Ausdruck „Rundfunkprogramm“ auch die schriftlich niedergelegte Zusammenfassung im Sinne einer Vorschau oder Anzeige der sich auf radio-elektrischem Wege nach außen manifestierenden Tätigkeit eines oder mehrerer Sender gemeint sein kann. Mit Programm bezeichnen wir im Folgenden eben diese meist gedruckt erscheinende Vorschau (preview, schedule), während wir den materiellen Inhalt der Sendung Sendegut nennen. Im Anhang an diese Untersuchungen wird sich uns die Gelegenheit bieten, einige rechtliche Fragen zu erörtern, die sich im Zusammenhang mit dem Programm ergeben.

B. Der Inhalt der Sendung

Was kann nun Inhalt der Rundfunksendung sein? Eine erschöpfende Antwort auf diese Frage läßt sich nicht geben, denn zur Uebermittlung durch den Rundfunk eignet sich alles, was in eine durch das menschliche Gehör wahrnehmbare Form gebracht werden kann, alles, was durch Wort, Musik oder Geräusch ausgedrückt, erzählt, beschrieben, geschildert werden kann.

Ein Blick in die Programmvorschau auch nur eines einzigen Senders zeigt die Unmöglichkeit einer Klassifizierung oder Ordnung des möglichen Inhaltes von Rundfunksendungen. Die Frage „Was kann gesendet werden?“ ist identisch mit der Frage „Was kann gehört werden?“, und darauf läßt sich keine abschließende Antwort geben.

Aber diese Frage hat höchstens formalen, aesthetischen oder künstlerischen Wert, und nur in einer einzigen Hinsicht

wird sie bedeutsam: dann nämlich, wenn das Sendegut eingeteilt werden soll in solche Teile, die die Rechtsordnung wegen ihrer besonderen Werk-Eigenschaft¹¹ hinsichtlich ihrer Verwendung und Verwertung unter die Verfügungsgewalt ihres Schöpfers gestellt hat, und in Teile, die dieser besonderen rechtlichen Behandlung überhaupt nicht oder nicht mehr unterliegen. Dieses rechtliche Problem wird später¹² behandelt werden.

C. Die Wiedergabe des Sendegutes

Damit das Sendegut überhaupt vom Empfänger wahrgenommen werden kann, ist eine erste Wiedergabe, eine *première audition*¹³, notwendig, d. h. der Stoff muß dargebracht werden: der Vortrag muß gesprochen, das Lied gesungen, das Musikstück gespielt, die Oper aufgeführt werden. Ohne *première audition* erfolgt keine Sendung, der Sender bleibt stumm.

Hinsichtlich der Wiedergabeart und des Wiedergabeortes lassen sich die folgenden Differenzierungen vornehmen:

1. die direkte Sendung: das Sendegut wird von Sprechern, Musikern und anderen ausübenden Künstlern akustisch wiedergegeben. Diese *première audition* unterscheidet sich zunächst in nichts von jeder andern Art des Vortrages oder der Aufführung; es ist denkbar — und wird oft auch tatsächlich durchgeführt —, daß der Wiedergabe Zuhörer beiwohnen. Aber erst das Dazutreten von technischen Besonderheiten macht aus der Wiedergabe, sei sie nun öffentlich oder nicht, einen Bestandteil der Rundfunksendung.
2. die Sendung ab Schallträger: das Sendegut wird nicht mehr in einer primären Wiedergabe durch ausübende Personen akustisch aufgeführt, sondern es wird

¹¹ Eine Umschreibung und Abgrenzung des Werkbegriffes gibt Troller, S. 97 ff.

¹² Vgl. unten, § 4, S. 15 ff.

¹³ de Leusse, S. 17, auch *émission en direct* und *live program* genannt (Straschnow, S. 19).

durch Apparate, die zur Fixierung von Tönen geeignet sind, wiedergegeben. Dabei ist es zwar durchaus möglich, daß auch bei dieser première audition akustische Töne erzeugt werden (wenn die Schallplatte auf einem gewöhnlichen Grammophonapparat abgespielt wird, oder wenn Drehorgeln, Spieldosen etc. verwendet werden). In der Regel findet jedoch eine Wiedergabe für das Gehör gar nicht statt, sondern das im Schallträger fixierte Sendegut wird direkt in elektrische Schwingungen umgewandelt (Pic-Up, Tonband), die ihrerseits in den weiteren Sendevorgang geleitet werden.

3. die Sendung aus dem Studio: die Wiedergabe besteht in einem Vortragen oder Aufführen, bzw. im In-Betrieb-Setzen der Schallträger, in Räumlichkeiten, die zur Rundfunksendung besonders geeignet sind und mit den erforderlichen Einrichtungen und Apparaten ausgestattet wurden.
4. die Uebertragung (Reportage): die Wiedergabe findet in anderen als den Studioräumlichkeiten statt (Theater, Konzertsaal), häufig auch im Freien, und wird, nachdem die durch sie erzeugten Schallwellen in elektrische Schwingungen umgewandelt wurden, dem Studio von außen her durch Leitungen (meist Telefondrähte) zugeführt.

II. Der technische Sendevorgang

Es kann sich im Rahmen dieser Untersuchungen nicht darum handeln, den technischen Sendevorgang in seinen Einzelheiten zu beschreiben. Vielmehr sollen nur diejenigen Punkte hervorgehoben werden, die im Folgenden für die zu behandelnden Fragen von Wichtigkeit sind¹⁴.

1. Die durch die première audition hervorgerufenen Schwingungen müssen in elektrische Impulse umgewandelt wer-

¹⁴ Wir halten uns dabei an die Ausführungen von Steinberg (S. 15), de Leusse (S. 17), Bollecker (S. 154 f.), Gilliéron (i. ZSR 57, S. 91 f.), Bollecker (S. 165), Bürgin (S. 163 f.), Ratzkowski (S. 7 f.) und Gilliéron (S. 17/18).

den. Je nach der Art der première audition sind dies akustische (bei der direkten Sendung durch Sprache, Musik oder Geräusch unmittelbar hervorgerufene Schallwellen), magnetische (vor allem bei der Sendung ab Stahlband, Magnetophon, Wire-Recorder und Sound-Mirror), optische (bei einem besonderen Schallträger)¹⁵ oder mechanische (bei der Schallplatte) Schwingungen.

2. Die aus den primären Schwingungen erhaltenen elektrischen Spannungsschwankungen müssen bis zu ihrer endgültigen Aussendung mehrfach verstärkt werden.

3. Diese elektrischen Spannungsschwankungen werden, damit sie sich überhaupt zur Fortbewegung im Aether eignen, einer Trägerwelle (die sog. „onde porteuse“ im Gegensatz zur „onde modulée“)¹⁶, d. h. elektrischen Wellen von konstanter Schwingungszahl, überlagert; mit andern Worten: die modulierten Wellen, die den in elektrische Form umgewandelten Strom darstellen, werden von einem sehr starken Strom getragen, der einzig der Beförderung dient und an sich nicht „tönt“¹⁷. Durch die Sendeantenne gelangt diese Energie zur Ausstrahlung.

Im Augenblick, da die Radiowellen, die nach ihrem Entdecker Hertz'sche Wellen genannt werden, die Antenne verlassen, entziehen sie sich jeder direkten Beeinflussung. Sie können weder verändert noch vernichtet noch zurückgenommen werden, und sie verbreiten sich mit enormer Geschwindigkeit im Aether¹⁸.

An dieser Stelle ist eine der Rundfunksendung verwandte Art der Uebermittlung von Tönen zu besprechen: die auf rein elektrischem Wege, mittels Drahtverbindung, erfolgende: der Drahtfunk, der in der Schweiz als Telefonrundspruch weiteste Verbreitung gefunden hat. Sie unterscheidet sich da-

¹⁵ Beim Philips-Miller-Apparat, auch beim Tonfilmband.

¹⁶ Gilliéron S. 30.

¹⁷ Er läßt sich wohl als ein schwaches Brummen im Empfangsgerät wahrnehmen und auch durch Messungen im Aether nachweisen, dient aber nur als Transportmittel für die Sendung.

¹⁸ Die Radiowellen sind also in dieser Hinsicht den Lichtwellen vergleichbar.

durch von der Rundfunksendung, daß sie nicht mittels Hertz'scher Wellen auf drahtlosem Wege erfolgt, sondern daß der Aussendende mit jedem Hörer durch eine direkte Drahtverbindung, meist durch das Telefonnetz, verbunden ist. Die Darbietungen des Senders kann nur derjenige wahrnehmen, der mit ihm durch Leitungen verbunden ist. Die Anzahl der Wahrnehmenden ist also beim Drahtfunk bestimmbar, seine Öffentlichkeit ist nicht unbegrenzt.

In dieser Arbeit, die sich mit der Rundfunksendung als der drahtlosen Uebermittlungsform beschäftigt, müssen wir deshalb den Drahtfunk vom Rundspruch im eigentlichen Sinne unterscheiden, da ihm eines der Wesensmerkmale der Rundfunksendung, nämlich die radio-elektrische Uebermittlung, fehlt¹⁹. Es wird jedoch unter einem anderen Gesichtspunkte auf ihn zurückzukommen sein²⁰.

§ 3. Die Rechtsgrundlagen des Sendetriebes

I. Die staatliche Funkhoheit²¹

Die große Mehrheit aller Staaten²² hat den Rundfunksendebetrieb der privaten Betätigungssphäre entzogen und ihn der ausschließlichen staatlichen Machtsphäre unterstellt. Diese Regelung ergab sich aus der fortschreitenden technischen Entwicklung des sogenannten Fernmeldewesens, wie sie nachstehend am Beispiel der schweizerischen Rechtslage erläutert werden soll.

Art. 36 der schweizerischen Bundesverfassung von 1874 bestimmt, daß das Post- und Telegraphenwesen im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft Bundessache sei. Das Telegraphenwesen, das uns hier im Besonderen interessiert umfaßte da-

¹⁹ Aus diesem Grunde paßt der Drahtfunk auch nicht unter die Umschreibung der radiocommunication als «télécommunication à l'aide des ondes hertziennes» (Straschnov S. 13).

²⁰ § 13, I, 2, S. 54 f.

²¹ Vgl. dazu die Ausführungen von Birch, insbes. S. 11 ff., von Buser S. 37a ff.) und von Gilliéron (S. 22 ff.).

²² Vgl. Rauscher i. ArchFR 1929, S. 409.

mals nur die Uebermittlung von Nachrichten durch Morsezeichen, die als elektrische Impulse auf dem Drahtwege weitergegeben wurde. Der Bundesrat war nach dem Aufkommen der Telegraphie der Ansicht, daß diese Art der Nachrichtenübermittlung in einer dem Postverkehr derart wesenverwandten Weise erfolge, daß sich eine Unterstellung unter die Posthoheit des Bundes ohne weiteres ergebe²³. Auch die Telephonie, die gegen Ende des letzten Jahrhunderts in der Schweiz eingeführt wurde, unterstellte der Bundesrat der Posthoheit des Bundes, indem er ausführte, daß die Telephonie als Mittel, auf elektrischem Wege „zwischen zwei entfernten Punkten Gedanken auszutauschen“²⁴, der Telegraphie gleichzustellen sei. Ebenso wurde entschieden, daß die drahtlose Telegraphie²⁵ und später auch die drahtlose Telephonie als Ausfluß der Post- und Telegraphenhoheit des Bundes dem privaten Betätigungsgebiet zu entziehen sei²⁶.

Der Rundfunk, der zu Beginn der Zwanzigerjahre unseres Jahrhunderts in der Schweiz verbreitet wurde, unterscheidet sich insofern von den oben erwähnten Formen der Nachrichtenübermittlung, daß er einerseits auf drahtlosem Wege erfolgt und sich andererseits nicht mehr an einen bestimmten Adressaten wendet, sondern an einen zahlenmäßig nur schwer oder überhaupt gar nicht begrenzbaren Kreis von Hörern. Auch er wurde der Telegraphen- und Telephonhoheit des Bundes unterstellt²⁷, denn auch der Rundfunk dient im weitesten Sinne der Uebermittlung von Nachrichten auf elektrischem Wege. Damit hat sich der Bund neben der Telegraphen- und Telephon- auch die Funkhoheit gesichert.

In rechtlicher Betrachtung erweist sich jede dieser Hoheiten als ein Regal, d. h. als ein Recht des Staates, Tätigkeiten oder Gewerbe unter Ausschluß der Privaten auszuüben²⁸.

Ueber Inhalt und Umfang des Radioregals, dessen Verfas-

²³ Birch, S. 14, Jaccottet, S. 40.

²⁴ BBl. 1878, IV, S. 448.

²⁵ BBl. 1913, II, S. 732.

²⁶ Birch, S. 16.

²⁷ Birch, S. 17.

²⁸ Birch, S. 12 ff. und die dort erwähnte Literatur.

sungsmäßigkeit jedoch nicht unbestritten ist²⁹, gibt die Bundesgesetzgebung Auskunft, die den in BV Art. 36 enthaltenen allgemeinen Grundsatz im Bundesgesetz betreffend den Telegraphen- und Telefonverkehr vom 14. Oktober 1922³⁰ näher ausführt.

Sein Art. 1 besagt:

„Die Telegraphenverwaltung hat das ausschließliche Recht, Sende- und Empfangseinrichtungen sowie Anlagen jeder Art, die der elektrischen oder radioelektrischen Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung dienen, zu erstellen und zu betreiben.“

Die Telefonverwaltung übt jedoch dieses ausschließliche Recht nur in verhältnismäßig wenigen Einzelfällen selbst aus, während sie gemäß TVG Art. 3 Konzessionen zur Erstellung und zum Betriebe von Einrichtungen der erwähnten Art erteilt.

Die Notwendigkeit einer staatlichen Kontrolle im Gebiete des Rundfunkwesens wird auch derjenige nicht bestreiten können, der die Verfassungsmäßigkeit der heutigen schweizerischen Regelung verneint. Denn ganz abgesehen davon, daß ein Sendewesen ohne jegliche Kontrolle chaotische Zustände im Aetherraum nach sich ziehen müßte, liegt eine staatliche Beeinflussung des Rundfunkbetriebes, solange sie sich im heutigen Rahmen hält, auch im Interesse der Sendegesellschaften selbst und drängt sich aus Rücksichten militärischer, politischer und kultureller Art geradezu auf.

II. Die schweizerische Regelung im Einzelnen

Was nun die Durchführung des schweizerischen Rundspruchwesens betrifft, ist zunächst festzuhalten, daß es sich hier weder um einen reinen Regalbetrieb des Bundes noch um einen reinen Konzessionsbetrieb eines Konzessionärs handelt, indem weder der Bund selbst oder ein hierzu geeignetes Organ der Verwaltung die Sendeeinrichtungen erstellt, betreibt und

²⁹ Birch, S. 21.

³⁰ A. S. 39, S. 13.

benutzt, noch ein Privater diese Tätigkeiten gemäß TVG Art. 3 ausübt. Vielmehr teilen sich Staat und Private dermaßen in diese Betätigungen, daß der Bund durch das Post- und Eisenbahndepartement bzw. durch die Generaldirektion der PTT die Sendeeinrichtungen erstellt und betreibt, also den rein technischen Teil des Sendebetriebs übernimmt³¹, während er einer privaten Rechtsperson, der schweizerischen Rundspruchgesellschaft, die Teilkonzession zur Benutzung der technischen Sendeanlagen erteilt³².

Auf Grund der vom Post- und Eisenbahndepartement der schweizerischen Rundspruchgesellschaft am 30. November 1936 verliehenen Sendekonzession³³ ist die Lage heute die Folgende:

Der S e n d e d i e n s t wird von der PTT-Verwaltung betrieben. Sie beschafft die gesamten technischen Einrichtungen, die zur Ausstrahlung der Radiowellen erforderlich sind, sie treibt auch die Gebühren aus der Empfangskonzession der Rundfunkhörer ein.

Der P r o g r a m m b e t r i e b obliegt der schweizerischen Rundspruchgesellschaft als Konzessionärin und ihren Organen. Als Dachorganisation umfaßt sie die sieben regionalen Mitgliedsgesellschaften, die Radiogenossenschaften³⁴, von denen sechs über ein eigenes Studio verfügen. Außer einigen Lokal- und Relaisendern, sowie dem Kurzwellensender Schwarzenburg, stehen der schweizerischen Rundspruchgesellschaft bzw. im Einzelnen den Radiogenossenschaften drei Landessender zur Verfügung.

Die zur Durchführung des Programmdienstes erforderlichen Mittel werden der schweizerischen Rundspruchgesellschaft von der PTT-Verwaltung aus den Eingenahmen der Empfangskonzessionsgebühren zur Verfügung gestellt und von jener auf die Generaldirektion, den Kurzwellendienst

³¹ Gilliéron, S. 26, Buser, S. 47 a, Birch, S. 18/20, «10 Jahre Schweizer Rundspruch», S. 16.

³² Birch S. 84 f., «10 Jahre Schweizer Rundspruch» S. 16.

³³ Birch S. 30 f.

³⁴ Ueber ihre Organisation und ihr Verhältnis zur schweizerischen Rundspruchgesellschaft orientieren Gilliéron S. 26, Birch S. 77 ff. und «10 Jahre Schweizer Rundspruch» S. 124 ff.

und die Radiogenossenschaften verteilt; auf irgendwelche nennenswerten anderen Einnahmen können sie nicht hoffen^{35 36}.

§ 4. Die Rechtsnatur der Rundfunksendung

I. Ausgangspunkt

Die Rundfunksendung, die dazu dient, das vom Urheber geschaffene, vom Interpreten wiedergegebene, vom Schallplattenfabrikanten auf Schallträger fixierte Werk einer unbegrenzten Öffentlichkeit zu vermitteln, berührt in entscheidender Weise die in den meisten Staaten gesetzlich geschützten Rechte dieser Urheber, Interpreten und Schallplattenhersteller³⁷. Nach Aufkommen des Radiowesens auf breiter Basis zu Beginn der Zwanzigerjahre unseres Jahrhunderts konnte es nicht lange dauern, bis es zum Konflikt kam zwischen den Veranstaltern der Rundfunksendungen und dem Kreise derjenigen Personen, denen die Rechtsordnung Schutz gewährt für ihre Werke oder Leistungen. Dem Urheber steht das alleinige und ausschließliche Recht zu, das Schicksal des durch seinen Geist geschaffenen und geformten Werkes zu bestimmen³⁸. Ging aber sein Rechtsschutz so weit, daß er eine Wiedergabe seines Werkes durch den Rundfunk untersagen konnte, oder mußte er es sich gefallen lassen, daß das Werk einer unbestimmbaren Zahl von ihm unbekannten Zuhörern übermittelt und oftmals wegen der mangelhaften technischen Qualität der Sendungen verstümmelt wurde?

³⁵ Vgl. «10 Jahre Schweizer Rundspruch» S. 16, Jahresbericht über das Geschäftsjahr 1948, herausgegeben von der schweiz. Rundspruch-Gesellschaft S. 100 ff.

³⁶ Heute sind Bestrebungen im Gange, mit der fälligen Erneuerung der Sendekonzession auch Aufbau und Organisation des schweizerischen Rundspruchwesens neu zu gestalten, doch können diese Fragen hier nicht behandelt werden. Wir verweisen auf Birch S. 86 f.

³⁷ Vgl. dazu die summarische Uebersicht bei Straschnov S. 195/8 und 249/51 hinsichtlich des Urhebers, sowie S. 199/202 und 252/3 hinsichtlich der Interpreten und Schallplattenhersteller.

³⁸ URG Art. 12 und 13.

Rechtswissenschaft und Rechtsprechung zahlreicher Länder haben sich mit dieser Frage eingehend beschäftigt. Im Folgenden soll eine Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse und Wandlungen in der Betrachtung dieses Rechtsproblems gegeben werden.

II. Das Verhältnis der Rundfunksendung zu den bisherigen rechtlich geschützten Befugnissen des Urhebers

Vor dem Auftreten der Rundfunksendung besaß der Urheber die folgenden absoluten Werknutzungsrechte:

1. Recht auf Wiedergabe des Werkes in Werkexemplaren, Recht auf Vervielfältigungen³⁹
2. Recht auf Verbreiten des Werkes, d. h. auf Verkauf, Feilhalten und sonstiges Inverkehrbringen⁴⁰
3. Recht auf öffentliches Vortragen, Aufführen und Vorführen des Werkes⁴¹
4. Recht auf Bearbeitung des Werkes⁴²
5. Weitere Rechte, die jedoch in diesem Zusammenhange von geringerem Interesse sind⁴³.

Hinzu trat nun die Rundfunksendung als völlig neue, bisher unbekannte Art der Kundgabe von Werken, gegenüber welcher die Urheber einen dem bisherigen ebenbürtigen Rechtsschutz verlangten. Dies bedingte in Staaten, die die Werknutzungsrechte abschließend enumerativ und nicht in Form einer Generalklausel umschrieben hatten⁴⁴, daß die Rundfunksendung daraufhin untersucht werden mußte, ob eine der erschöpfend aufgezählten Einzelbefugnisse auch auf diese neueste Art der Uebermittlung angewandt werden könne, und ob deshalb das

³⁹ URG Art. 12 Ziff. 1.

⁴⁰ URG Art. 12 Ziff. 2.

⁴¹ URG Art. 12 Ziff. 3.

⁴² URG Art. 12 Ziff. 1 und Art. 13 Ziff. 1—3.

⁴³ z. B. das Recht, von einem noch nicht öffentlich bekanntgegebenen Werk Exemplare öffentlich auszustellen, oder das Werk in anderer Weise an die Öffentlichkeit zu bringen (URG Art. 12, Ziff. 4).

⁴⁴ Dazu gehört auch die Schweiz. Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 9. Juli 1918 zum Entwurf des URG, BBl. 1918, II, S. 613, du Pasquier i. SJZ 33, S. 324.

Recht, ein Werk auf radio-elektrischem Wege auszusenden, mit zu den ausschließlichen Werknutzungsrechten des Urhebers gehöre.

Folgende Theorien wurden in Literatur und Rechtsprechung vertreten:

A. Vervielfältigungstheorie

Diese Ansicht, die vor allem in der deutschen Rechtslehre von Elster⁴⁵ vertreten wurde, bezeichnet die Rundfunksendung eines Werkes als eine Vervielfältigung, indem sie annimmt, daß „der Vortrag des in den Sender sprechenden vervielfacht wird“⁴⁶; mit andern Worten: nicht das Werk selbst, sondern dessen Aufführung würde also nach Elster vervielfältigt. Dieser Akt aber, sagt Elster⁴⁷, sei ganz neuer Art und im Gesetz nicht genannt. In dieser Auffassung erkennen wir zwei Fehler. Einmal wird der Vortrag „des in den Sender Sprechenden“ durch die Rundfunksendung keineswegs vervielfacht, es wird nicht aus einem einzigen Vortrag eine große Zahl von Vorträgen, die mit dem ersten zwar nach Inhalt, Form und Herkunft identisch wären, jedoch ein unabhängiges und vom Ursprung losgelöstes Eigenleben hätten. Eine Vervielfältigung, oder besser: Ausweitung, vollzieht sich bei der Rundfunksendung nur hinsichtlich des Zuhörerkreises. Sodann ist aber auch der Ausdruck Vervielfältigung in dem von Elster verwendeten Sinne irreführend, da mit ihm die Festlegung eines Werkes in mehrere identische gegenständliche Werkexemplare gemeint ist⁴⁸. Nach Neugebauer bedingt die Vervielfältigung „die Herstellung einer körperlichen Dauerform, die die wiederholte, insbesondere hintereinander stattfindende Wahrnehmung ermöglicht“⁴⁹, währenddem bei der Rundfunksendung Kundgebung und Wahrnehmung gleichzeitig stattfinden und bei einmaliger Kundgebung eine wiederholte Wahrnehmung nicht möglich ist.

⁴⁵ ArchFR 1928 S. 220, 1929 S. 16.

⁴⁶ Elster i. ArchFR 1928 S. 220.

⁴⁷ ArchFR 1929 S. 16.

⁴⁸ Diese Ansicht wird auch vertreten von Neugebauer, Funkrecht, S. 146 ff., Mitteis S. 66 f., Buser S. 173 a, Weiß S. 52, Blau S. 82.

⁴⁹ a. a. O.

Aus dem gleichen Grunde läßt sich auch die Auffassung nicht halten, die Rundfunksendung sei eine Form der mechanischen Wiedergabe, wie dies von der ungarischen Rechtsprechung angenommen wurde, die die Rundfunksendung als „adaptation... de l'œuvre à des instruments servant à la reproduire mécaniquement“ bezeichnete⁵⁰, denn auch dieser wohnt wesensnotwendig die Eigenschaft inne, das Werk mittels eines körperlichen Gegenstandes (Schallplatte, Musikkdose etc.) jederzeit und beliebig oft ohne persönliche Betätigung eines Vortragenden vermitteln zu können⁵¹.

B. Verbreitungstheorie

Unter Verbreitung versteht das Urheberrecht das Inverkehrbringen von Werkexemplaren und deren Ueberlassung zum Gebrauch, also die körperliche Uebergabe eines Gegenstandes, und nicht die immaterielle Bekanntgabe und Mitteilung des Werkinhaltes⁵². Wird der Untersuchung diese enge Bedeutung des Wortes zugrunde gelegt, so läßt sich sofort erkennen, daß die Rundfunksendung, diese unkörperliche Inhaltsmitteilung, nicht als Verbreitung bezeichnet werden kann. Unter den Vertretern der Verbreitungstheorie hat List⁵³ zwar die Loslösung vom körperlichen Stoff als Wesensmerkmal der Rundfunksendung erkannt, bekennt sich aber dennoch zur Verbreitung, indem er das Wort dem allgemeinen Sprachgebrauch entnimmt und seine urheberrechtliche, inhaltlich beschränkte Bedeutung übersieht. Heuberger⁵⁴ bezeichnet die Sendung als „Sonderart der Verbreitung ohne Vervielfältigung“, doch ist auch dies unrichtig, oder doch eine zu large Gesetzesinterpretation, da es nach dem Geist des Urheberrechtes eine unkörperliche Verbreitung nicht gibt. Denn wenn man dies behaupten wollte, dann wären ja auch Vortrag, Aufführung und Vorführung als unkörperliche Kundgaben des Werkinhaltes eine Sonderform

⁵⁰ D. A. 1935 S. 129.

⁵¹ Blau S. 81 ff.

⁵² Weiß S. 64, Neugebauer, Funkrecht, S. 149. GRUR 1927 S. 370.

⁵³ i. ArchFR 1929 S. 264.

⁵⁴ S. 48.

der Verbreitung ohne Vervielfältigung, und der Gesetzgeber hätte sie gar nicht speziell aufgeführt.

Von den Vertretern der Verbreitungstheorie⁵⁵ wird diese soeben erwähnte enge Interpretation des Begriffes der Verbreitung mit dem Hinweis abgelehnt, daß bei Entstehung des Gesetzes die Rundfunksendung, die „ein Werk durch einen Vorgang gleichzeitig einer zahlenmäßig unbegrenzten Menge Menschen zugänglich zu machen“⁵⁶ befähigt sei, noch nicht bekannt war, und daß der Gesetzgeber als einzige Form der Verbreitung diejenige durch Exemplare kannte“. Wenn der Gesetzestext mit der Entwicklung des Lebens nicht Schritt hält, muß die Gesetzesauslegung für eine rechtliche Subsumption der Lebenserscheinungen Sorge tragen, welche der funktionalen Bedeutung dieser Erscheinungen gerecht wird“⁵⁷. Doch geht nach unserer Auffassung diese Gesetzesauslegung vor allem deshalb zu weit, weil sie einerseits, zumindest hinsichtlich des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes, den klaren Wortlaut des Gesetzestextes mißachtet und andererseits — dies gilt auch für die deutschen Theoretiker und für die Auffassung des Reichsgerichtes — die übrigen Subsumptionsmöglichkeiten, die das Gesetz noch bietet, nicht genügend berücksichtigt. Denn wenn man auch das Hauptmerkmal der Verbreitung, das Vorhandensein körperlicher Werkexemplare, den Anforderungen der technischen Entwicklung Rechnung tragend, bei der Gesetzesanwendung außer Acht lassen wollte, so würde man dabei einen der wesentlichsten Charakterzüge der Rundfunksendung, nämlich die Gleichzeitigkeit von Kundgabe und Wahrnehmung des Werkinhaltes, mißachten, ein Merkmal, das die Sendung mit dem Vortrag, der Aufführung und Vorführung gemein hat.

⁵⁵ Buser S. 173 a, Blau S. 85.

⁵⁶ Neugebauer, Funkrecht, S. 149.

⁵⁷ Blau S. 85. Der Autor gelangt dabei zum Schlusse, daß es jetzt zwei Arten der Verbreitung gebe: diejenige durch Exemplare, also die körperliche, und diejenige durch unmittelbares Hörbarmachen oder Sichtbarmachen, also die unkörperliche.

1. Subsumption unter den Vortrags- und Aufführungsbegriff

Unter Aufführung versteht das Urheberrecht die akustisch wahrnehmbare Mitteilung des Werkinhaltes in der durch den Urheber geschaffenen Form⁵⁸. Die Wesensmerkmale der Aufführung sind also: unkörperliche, einmalige Wahrnehmbarmachung des gedanklichen Inhaltes, Wahrnehmungsmöglichkeit durch das Gehör, Gleichzeitigkeit von Mitteilung und Wahrnehmung. Nur dann, wenn auch die Rundfunksendung diese Wesensmerkmale aufweist, kann sie als Aufführung im urheberrechtlichen Sinne angesprochen werden, und nur dann schafft sie die Voraussetzungen, unter denen ihr im Rahmen des Urheberrechtes ein Rechtsschutz gewährt werden kann. Im Verlauf dieser Arbeit wird nun der Ausdruck „Aufführung“ verwendet werden, obschon er nur eine der möglichen akustischen Mitteilungsformen bezeichnet; indessen ist die Unterscheidung von Vortrag, Aufführung und Vorführung eine mehr formale, dem Inhalt und den Darstellungsmöglichkeiten Rechnung tragende. Es ist in der Literatur unbestritten, daß durch die Rundfunksendung der Inhalt eines Werkes mitgeteilt, wahrnehmbar gemacht wird, denn dies ist ja Ziel und Aufgabe des Rundfunkbetriebes überhaupt. Da aber, wie wir oben⁵⁹ gesehen haben, die Rundfunksendung ein völlig unkörperlicher Vorgang ist, besteht keine Möglichkeit, den wiedergegebenen gedanklichen Inhalt beliebig oft und vom Vortragenden unabhängig erneut wahrzunehmen: die Tätigkeit des Vortragenden und die Wahrnehmung, das Hören, stehen in einem unmittelbaren kausalen Zusammenhang, denn die wahrgenommenen Schallwellen sind dieselben, die der Vortragende erzeugt hat⁶⁰. Wie ist aber die Rechtslage, wenn die première audition ab Schallträger erfolgt? Auch hier liegt, was die eigentliche Sendung anbelangt, eine unkörperliche Aufführung vor, auch wenn die première audition durch einen Schallträger erfolgt, der an und für sich eine wiederholte Wahrnehmung ermöglichen würde.

⁵⁸ BGE 62 II S. 251, E. 5, Jaccottet S. 158, Pincus i. ArchFR 1930, S. 124.

⁵⁹ § 4, II, S. 17/18.

⁶⁰ Entscheid des Obergerichtshofes Wien, i. GRUR 1927, S. 370.

Jedoch wird erst durch das radio-elektrische Aussenden, das seiner Natur nach ein völlig unkörperlicher, einmaliger Vorgang⁶¹ ist, der im Schallträger fixierte Werkinhalt für den Rundfunkhörer zur akustischen Wahrnehmung zur Verfügung gestellt, und das Aussenden der das Sendegut tragenden Radiowellen läßt sich durch den Wahrnehmenden nicht wiederholen, ist ohne erneutes Tätigwerden des Vortragenden und das Inbetriebsetzen der technischen Einrichtung nicht möglich.

Wir erkennen demnach, daß, unabhängig davon, auf welche Weise die premiäre audition erfolgt, die Rundfunksendung ihrer technischen und rechtlichen Natur nach stets eine unkörperliche einmalige Wahrnehmbarmachung des Werkinhaltes darstellt.

Von verschiedenen Autoren⁶² ist darauf hingewiesen worden, daß sich zwischen das Erklingen und das Hören des Tones ein sehr komplizierter Vorgang einschalte, der unter Umständen die urheberrechtliche Natur der Sendung insofern beeinflusse, als Vortrag oder Aufführung nur dort vorliegen, wo zwischen Vortragendem und Zuhörer eine gewisse räumliche Beziehung bestehe⁶³. Außerdem sei es ein Merkmal des Vortrages und der Aufführung, „daß niemand, der über den Bereich der Grenzen der menschlichen Sinne hinaus von dem Orte der Aufführung entfernt ist, die Aufführung wahrnehmen“⁶⁴ kann.

Wir sind dagegen mit Ikle⁶⁵ der Auffassung, daß es für die rechtliche Beurteilung irrelevant sei, ob „der physikalische Vorgang, der die Gehörswahrnehmung ermöglicht, natürlich gegeben ist, oder erst durch menschliche Intervention geschaffen wird. Urheberrechtlich wesentlich ist einzig, daß eine akustische Wiedergabe des Werkes erfolgt, die durch den Empfänger als solche wahrgenommen wird“⁶⁶.

Die Gleichzeitigkeit von Mitteilung und Wahrnehmung bei der Rundfunksendung ergibt sich aus den früher gemachten Angaben ohne weiteres. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß

⁶¹ Neugebauer, Funkrecht, S. 144 und 148.

⁶² Elster i. ArchFR 1928 S. 220 f. als Beispiel für andere.

⁶³ Blau S. 84.

⁶⁴ Blau a. a. O.

⁶⁵ S. 67 ff.

⁶⁶ Iklé S. 68/9.

sich Radiowellen mit einer Geschwindigkeit fortsetzen, die ungefähr eine Million mal größer ist als diejenige der Schallwellen.

Da nach unseren Untersuchungen die Rundfunksendung die weiter oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt, bezeichnen wir sie als Aufführung eines Werkes, und wir schließen uns damit der Auffassung der Mehrzahl der schweizerischen Autoren, des Bundesrates und des schweizerischen Bundesgerichtes an⁶⁷.

2. Oeffentlichkeit der Rundfunksendung

Die Aufführung gehört nur insofern zu den absoluten Werknutzungsrechten des Urhebers, als sie öffentlich erfolgt⁶⁸. Oeffentlichkeit im Sinne des Urheberrechtes liegt stets dann vor, wenn sich eine Zuhörerschaft nicht individuell bestimmen läßt⁶⁹, oder wenn sie unter sich und zum Vortragenden in keinem persönlichen Verhältnis steht⁷⁰. Eine zahlenmäßige Bestimmbarkeit der Zuhörerschaft ist dabei nicht nötig; ebenso wird nicht verlangt, daß die Anzahl der Wahrnehmenden durch das Fassungsvermögen eines Saales begrenzt sei. Das persönliche Verhältnis des Vortragenden zur Zuhörerschaft ist entweder ein natürliches (Verwandschaft) oder durch den Willen des Veranstaltenden oder Ausführenden hergestelltes (persönliche Einladung, Auswahl der Teilnehmer). Jedoch läßt sich die Grenze zwischen privater und öffentlicher Aufführung, wenn nur ein objektiver Maßstab angelegt wird, meist nur schwer oder gar nicht ziehen: wie weit soll der Kreis der verwandschaftlichen Beziehungen gezogen werden? Ist eine Aufführung vor Bekannten noch privat, vor Zuhörern, die einem gleichen Beruf angehören, oder die sich durch eine ähnliche Zusammengehörigkeit auszeichnen, schon öffentlich? Das Kriterium für diese Unterscheidung kann unserer Auffassung nach

⁶⁷ Iklé S. 67 ff., Jaccottet S. 162, du Pasquier i. SJZ 33, S. 324, Streuli S. 24, Gillieron i. ZSR 57, S. 94, BGE 62 II S. 251, BBl. 1931, II, S. 695, BBl. 1930, II, S. 115, Hoffmann i. ArchFR 1928, S. 230 ff., Pincus i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 124, Neugebauer i. ArchFR 1928, S. 31.

⁶⁸ URG Art. 12, Abs. 1, Ziff. 3.

⁶⁹ Lichtenstein S. 46, Gerichtsentscheid zit. bei Simpson i. ArchFR 1930, S. 498 f., Ladas S. 473.

⁷⁰ Iklé S. 67 ff., Streuli S. 26, de Leusse S. 41, Saudemont S. 126.

nur ein subjektives sein: darüber, ob eine Aufführung privat oder öffentlich ist, entscheidet einzig der Wille des Aufführenden selbst oder des Veranstalters; hat dieser „la volonté de s'adresser à n'importe qui“⁷¹, dann ist die Aufführung öffentlich, ohne Rücksicht darauf, ob ihr überhaupt jemand beiwohnt⁷². Die in der Oeffentlichkeit zusammengefaßten Einzelnen verbindet indessen stets ein gleiches aktives oder passives Verhalten: das Beschaffen von Eintrittskarten, die Anwesenheit in einem Raume, an einem bestimmten Ort, oder, und dies gilt im Besonderen für die Rundfunksendung, der Besitz von Einrichtungen und Apparaten, die die Wahrnehmung der Aufführung ermöglichen.

Obschon bisweilen die première audition der Rundfunksendung öffentlich sein kann, so wird doch diejenige Oeffentlichkeit, für die der Sender seine Tätigkeit überhaupt ausübt, zu deren Erreichung die ganzen Installationen dienen, erst durch die Aussendung des Sendegutes auf radio-elektrischem Wege erreicht. In diesem Ausstrahlen der Radiowellen manifestiert sich der Wille des Senders, an die Oeffentlichkeit zu gelangen. Die Rundfunk-Oeffentlichkeit ist anonym. Es läßt sich kaum überprüfen, ob überhaupt jemand die Sendung anhört. Das ist aber für den Begriff der Oeffentlichkeit unmaßgeblich⁷³, denn nur das Aussenden, das Zur-Verfügung-Stellen des Sendegutes, begründet sie, nicht aber das Empfangen.

Wir erkennen also, daß die Rundfunksendung eines Werkes dessen öffentliche Aufführung darstellt, und daß sie deshalb zu den ausschließlichen Werknutzungsrechten des Urhebers gehört, und wir schließen uns damit der überwiegenden Mehrheit von Literatur⁷⁴ und Rechtsprechung⁷⁵ an.

⁷¹ de Leusse S. 41.

⁷² Klauer i. ArchFR, Sonderheft 5, 1933, S. 18.

⁷³ Klauer a. a. O., Hoffmann i. ArchFR 1928, S. 230/31, Pincus i. ArchFR 1930, Sonderheft 1, S. 124, Jaccottet S. 160, Iklé S. 67 f., Buser S. 182 a, Martin-Achard S. 93.

⁷⁴ Vgl. die unter Anmerkung 73 erwähnte Literatur.

⁷⁵ BGE 62 II S. 251, Entscheid der Strafkammer Marseilles i. ArchFR 1928, S. 31, engl. Gerichtsentscheid i. ArchFR 1928, S. 30. Vgl. die ausführliche Zusammenstellung der Judikatur der meisten der Berner Uebereinkunft angeschlossenen Staaten bei Straschnov, S. 110 ff. und die Stellungnahme des schweiz. Bundesrates i. BBl. 1930, II, S. 115 und 1931, II, S. 695 f.

III. Das Senderecht als selbständiges Werknutzungsrecht des Urhebers

Die Berner Uebereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst als eine der Rechtsquellen des Urheberrechtes erwähnt in ihrer Fassung von 1928 in Art. 11 bis, Ziff. 1 das Senderecht als eines der Werknutzungsrechte des Urhebers. Der französische Wortlaut, der dem Urheber das Recht der „radiodiffusion“ vorbehält, ist klarer als der deutsche, der mit seinem Ausdruck „Radioverbreitung“ zur irrtümlichen Annahme verleiten könnte, die Rundfunksendung eines Werkes sei unter den Verbreitungsbegriff im Sinne von URG Art. 12, Ziff. 1 subsumiert worden⁷⁶.

Damit hat die Berner Uebereinkunft darauf verzichtet, die Rundfunksendung unter einen der bisherigen Werknutzungsbegriffe zu subsumieren und ist damit allfälligen interpretatorischen Schwierigkeiten aus dem Wege gegangen. Analog zum Recht der Wiedergabe, des Verbreitens, des Aufführens etc. ist dem Urheber das ausschließliche Recht zur Rundfunksendung seiner Werke vorbehalten worden.

Eine Anzahl von Staaten hat in der nationalen Gesetzgebung dem Urheber das gleiche Senderecht ausdrücklich zuerkannt⁷⁷, währenddem andere den Wortlaut von Art. 11 bis, Ziff. 1 der Berner Uebereinkunft zum Bestandteil des innerstaatlichen Rechtes erklärt haben⁷⁸. Auch eine Anzahl von Staaten, die der Berner Uebereinkunft nicht angeschlossen sind⁷⁹, haben das Senderecht als ausschließliches Werknutzungsrecht des Urhebers anerkannt. Schließlich sei noch erwähnt, daß für die meisten Staaten der westlichen Hemisphäre eine der Berner Uebereinkunft grosso modo entsprechende inter-

⁷⁶ Ladas S. 478.

⁷⁷ Oesterreich (§ 17 des Urheberrechtsgesetzes), Finnland (Art. 9), Canada (Art. 3), Japan, ferner Italien, Schweden, Tschechoslowakei (der Zusammenstellung von Straschnov, S. 110 ff., entnommen).

⁷⁸ Vgl. die Angaben von Straschnov, S. 118, 130, 165: Belgien, Spanien, Monaco.

⁷⁹ Eine tabellarische Zusammenstellung der Nichtmitgliedstaaten gibt Straschnov, S. 249/51.

nationale Regelung besteht, die in einzelnen Konventionen das Senderecht des Urhebers vorsieht⁸⁰.

Wenn wir in diesem Abschnitt vom urheberrechtlichen Schutz gesprochen haben, den der Autor hinsichtlich der Rundfunksendung seiner Werke genießt, so sind wir uns völlig im Klaren darüber, daß sich das Sendegut nicht nur aus urheberrechtlich relevanten Bestandteilen zusammensetzt, sondern daß es außer den vom Gesetz kraft der ihnen innewohnenden schöpferischen Formgebung als Werke bezeichneten Erzeugnissen des menschlichen Geistes Darbietungen umfaßt, die von keinem Autor geschaffen wurden⁸¹, und solche Schöpfungen, denen ein Rechtsschutz nicht oder nicht mehr zuteil wird, nämlich gemeinfreie Werke, die an und für sich den Werkcharakter tragen würden, die aber im allgemeinen nicht geschützt werden, und Werke, deren Schutzfrist abgelaufen ist⁸². Natürlich ist ihre Mitteilung durch das Mittel der Rundfunksendung gleichwohl eine öffentliche Aufführung, auch wenn ihr zunächst die Rechtsordnung keinerlei Bedeutung beimißt. Die Darbietung des gesamten Sendegutes hört dadurch, daß sie Teile enthält, die vom Urheberrecht nicht erfaßt werden, nicht auf, eine öffentliche Aufführung zu sein.

Von der Rechtsnatur des Sendegutes als der Gesamtheit des durch den Rundfunk zur Aufführung gelangenden Stoffes wird später in einem anderen Zusammenhange die Rede sein.

§ 5. Adressat und Zweckbestimmung der Sendung

I. Adressat der Sendung

Die Rundfunksendung richtet sich — wir haben das bereits im Zusammenhang mit der Frage nach ihrer Rechtsnatur festgestellt⁸³ — an die Oeffentlichkeit, an jedermann. Die durch die Sendeantenne in den Aether ausgestrahlten Radiowellen

⁸⁰ Strachnov, S. 203/5.

⁸¹ Also alle Darbietungen von Sendegut, das nicht Werkcharakter trägt.

⁸² Streuli S. 13 und 17.

⁸³ S. 21.

entziehen sich jeder Beeinflussung seitens des Aussendenden. Wer in der Lage ist, die Radiowellen einzufangen und in Schallwellen zurück zu verwandeln, muß deshalb als Adressat der Sendung betrachtet werden. Freilich wenden sich Sendungen besonderen Inhaltes an bestimmte Hörergruppen (an die Landwirte, die Hausfrauen, die Jugendlichen) aber diese Auswahl der Oeffentlichkeit läßt sich praktisch gar nicht durchführen, denn auch derjenige Radiohörer, der von der betreffenden Sendung nicht direkt angesprochen wurde, ist imstande, sie zu empfangen und zu hören. Eine Beschränkung des Kreises derjenigen, denen die Darbietungen der Sendestation zugeführt werden sollen, ist innerhalb der von der technischen Natur des Sendevorganges und der Wellenausbreitung gezogenen Grenzen nicht möglich.

Nicht zu verwechseln mit der Frage, wer eine Rundfunkt-sendung wahrnehmen kann, d. h. wer die technischen Möglichkeiten hat, die Sendung zu empfangen und anzuhören, ist diejenige, wer sie wahrnehmen darf, d. h. wer dazu auf Grund von bestehenden Rechtsnormen berechtigt ist. Diese zweite Frage wird im nächsten Kapitel erörtert werden.

Dadurch, daß die Sendeunternehmung sich ihrer Natur nach an jedermann wendet, daß ihr also keine Möglichkeit gegeben ist, sich ihr Publikum auszuwählen, charakterisiert sie sich als öffentliche Unternehmung; das ist sie aber auch ihrer Bestimmung nach⁸⁴.

II. Zweckbestimmung der Sendung

Durch die Rundfunkt-sendung soll eine möglichst große Zahl von Menschen belehrt, erbaut und unterhalten werden, soll der quantitativ größten, durch einen einzigen Vorgang erreichbaren Oeffentlichkeit die Möglichkeit gegeben werden, am geistigen und künstlerischen Leben und Schaffen der Menschheit teilzunehmen. Dadurch wird zugleich eine kulturelle, erziehe-

⁸⁴ Art. 15 der Sendekonzessionsbestimmungen der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft, zit. bei Gilliéron S. 27, Buser S. 57 a, Gilliéron S. 37, Jaccottet S. 42.

rische und soziale Aufgabe erfüllt⁸⁵, oder vielmehr sind durch die Rundfunksendung die Voraussetzungen zur Erfüllung dieser Aufgabe geschaffen. Denn es ist wohl der Zweck, nicht aber ein Erfordernis — und dies gilt auch für die rechtliche Beurteilung der Sendung —, daß das aufgeführte Sendegut empfangen werde. Der Empfang der einmal ausgesandten Radiowellen läßt sich ebenso wenig erzwingen wie er sich verhindern läßt.

⁸⁵ Buser S. 43 a, 77 a, «10 Jahre Schweizer Rundspruch», S. 69 ff.

2. Kapitel

Der Rundfunkempfang

§ 6. Die technischen Voraussetzungen

Eine Sendung empfangen bedeutet in technischer Hinsicht, die in den Aether ausgestrahlten Radiowellen aufzufangen und in akustische Schwingungen umzuwandeln. Dazu dient eine besondere technische Einrichtung: der Radioapparat oder Rundfunkempfänger, der in folgender Weise die Wahrnehmung der Darbietungen des Senders ermöglicht:

I. Einfangen und Auswahl der Radiowellen

Die Radiowellen, die, wie wir oben¹ gesehen haben, mit einer ganz bestimmten Frequenz² von der Senderantenne in den Aether ausgestrahlt werden, sind im Allgemeinen allgegenwärtig, d. h. sie sind innerhalb des Wirkungsbereiches des Senders überall anwesend, also den Licht- oder Schallwellen vergleichbar. Nun befinden sich aber im Aether nicht nur die Wellen eines einzigen Senders, vielmehr ist die Luft erfüllt von einer Vielzahl von Radiowellen, die alle auf die Empfangsantenne auftreffen. Aufgabe des Radioapparates ist es nun vor allem, aus diesem Wellenchaos diejenigen radio-elektrischen Schwingungen herauszufiltrieren, die der Radiohörer wahrzunehmen wünscht³.

¹ § 2, II, S. 9 f.

² Die Frequenzzahl bezeichnet die Anzahl der von der Trägerwelle ausgeübten Schwingungen pro Sekunde.

³ Im Folgenden halten wir uns an die Ausführungen in No. 17 der schweizerischen Programm-Vorschau «Der Radio-Hörer» vom 30. 4. 1949, S. 1.

Radiowellen haben wie andere wellenförmige Erscheinungen (z. B. die Schallwellen) die Eigenschaft, auf sie abgestimmte Wellen in Mitschwingung, in Resonanz, zu versetzen. Der in jeden Empfangsapparat eingebaute sogenannte Schwingungskreis läßt sich nun so verändern, daß er durch Radiowellen von ihm entsprechender Frequenz in Schwingungen gebracht wird. Dadurch wird es möglich, ganz bestimmte Wellen auszuwählen, d. h. den Empfangsapparat mit einer einzelnen Sendestation in eine technische Beziehung zu setzen und alle anderen Sendungen für den Empfang auszuschalten.

II. Umwandlung der Radiowellen in Schallwellen

Nachdem durch den Schwingungskreis die gewünschten Radiowellen⁴ in dem Empfangsapparat ausgeschieden wurden handelt es sich darum, die Trägerwelle von den ihr aufgepflanzten elektrischen Spannungsschwankungen, den modulierten Wellen, zu trennen, denn nur sie enthalten die Sendung, während jene nur ihrer Uebermittlung dient. Diese Spannungsschwankungen die mit den im Studio erzeugten und in elektrische Energie umgewandelten Impulsen der première audition identisch sind, werden verstärkt und schließlich durch Lautsprecher oder Kopfhörer in Schallwellen verwandelt.

In technischer Hinsicht stellt sich also der Rundfunkempfang als eine Rundfunksendung in umgekehrter Folge der einzelnen Etappen dar.

§ 7. Die rechtlichen Voraussetzungen

Während es sich im vorhergehenden Abschnitt darum handelte festzustellen, wer eine Sendung empfangen kann, ist im Folgenden zu untersuchen, wer die Sendung empfangen darf, ob dies jedermann erlaubt ist oder ob dies durch die Rechtsordnung verboten sei⁵.

⁴ D. h. die aus Trägerwelle und elektrischen Spannungsschwankungen zusammengesetzte physikalische Erscheinung. Vgl. Gillieron S. 30 und Straschnov S. 27.

⁵ Vgl. § 3, S. 11 ff.

I. Der Rundfunkempfang als Teil des staatlichen Radioregals

Die staatliche Funkhoheit, deren Entstehung und Inhalt wir oben aufgezeigt haben, umfaßt gemäß TVG Art. 1 auch das Erstellen und Betreiben von Empfangseinrichtungen, die der elektrischen oder radio-elektrischen Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung dienen.

Das Empfangen ist also, entsprechend seiner technischen Natur und Bestimmung, auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht zum Korrelat des Sendens geworden; das Regal umfaßt also die Gesamtheit aller am Funkverkehr beteiligten Vorgänge.

Die Unterstellung des Rundfunkempfangs unter die staatliche Funkhoheit ergab sich aus folgenden Gründen:

1. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß das Postregal als verfassungsmäßige Grundlage des Funkregals, das vor dem Auftreten der drahtlosen Verbindungsmittel die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes über jede Art der Nachrichtenübermittlung festlegte, notwendigerweise neben dem Aussenden auch das Empfangen von Nachrichten umfaßte. Das ergab sich beim damaligen Stand der technischen Entwicklung schon daraus, daß ja der Mitteilende und der Wahrnehmende stets durch Leitungen verbunden waren, daß also die Gesamtheit des Uebermittlungsapparates stets eine unmittelbare, in einem gewissen Sinne körperliche Einheit bildete.

Die Anwendung des Postregals auf die drahtlose Verbindung und seine Ausweitung zum Funkregal brachte es mit sich, daß, ohne Rücksicht darauf, ob der Wahrnehmende als individuell Angesprochener oder als Teil einer in ihrer Gesamtheit angesprochenen Oeffentlichkeit zu betrachten ist, der Empfang drahtloser Rundfunksendungen unter die staatliche Funkhoheit fällt.

2. Durch die Unterstellung des Rundfunkempfangs unter das Radioregal wird aber auch ein fiskalischer Zweck erreicht: derjenige, der die Empfängerlaubnis erhält, hat eine Ge-

büht⁶ zu entrichten, die zur Bestreitung der Kosten dient, die der Sendeunternehmung im Dienste der Oeffentlichkeit erwachsen.

3. Die durch die Unterstellung des Rundfunkempfangs unter die Funkhoheit des Bundes erzielte Kontrolle ermöglicht es in weitem Maße, störende Einflüsse im Aetherraum auszuschalten und Bestimmungen über die Benützung der Darbietungen aufzustellen und durchzusetzen⁸.
4. Schließlich ist zu erwähnen, daß beinahe jede Empfangsapparatur in eine Sendestation umgewandelt werden kann⁹, die der Uebermittlung von Nachrichten individueller Natur dienen oder als eigentlicher Rundspruchsender Verwendung finden könnte. Da jedoch, wie bereits erwähnt¹⁰, jede Sendetätigkeit einer besonderen Konzession bedarf, sichert sich der Staat als Konzessionsgeber durch die Unterstellung des Rundfunkempfangs unter sein Radioregal eine diesbezügliche Kontrollmöglichkeit¹¹.

II. Die Radio-Empfangskonzession im Allgemeinen

Nach Art. 12 der Vollziehungsverordnung I (VVO I) zum TVG ist das Erstellen, Betreiben und Benützen¹² von radioelektrischen Empfangsanlagen konzessionspflichtig. Das bedeutet, daß der Staat die Regaltätigkeit auch hinsichtlich des radioelektrischen Empfangs nicht ausschließlich selbst ausübt, sondern daß er selber oder durch eine Konzessionsbehörde (Generaldirektion PTT)¹³ einer natürlichen oder juristischen Person

⁶ Die sogenannte Konzessionsgebühr, die im folgenden Abschnitt eingehender untersucht werden soll.

⁷ Vgl. Gilliéron S. 42, Buser S. 40 a.

⁸ Vgl. die Ausführungsbestimmungen No. 302, lit. c-e zur VVO I des TVG.

⁹ Vgl. Buser S. 44 a.

¹⁰ § 3, S. 11 ff.

¹¹ Weitere Gründe für die Unterstellung des Rundfunkempfangs unter die staatliche Funkhoheit gibt Buser S. 41 a ff.

¹² Eine genauere Umschreibung der Begriffe «Erstellen» und «Betreiben» gibt Birch S. 26 ff. für den Sendebetrieb, die sich jedoch für das Empfangen sinngemäß anwenden lassen.

¹³ VVO I, Art. 13.

das Recht erteilt, die Betätigung, die er ursprünglich sich selber vorbehalten hat, auszuüben. Es bedeutet aber auch, daß Handlungen im Sinne von Art. 12 der VVO I, die ohne staatliche Bewilligung vorgenommen werden, unstatthaft sind. Wer solche Betätigungen ausübt, ohne im Besitze einer Empfangskonzession zu sein, wird als sogenannter „Schwarz Hörer“ bestraft.

Durch die Konzessionsverleihung erhält der Konzessionär das Recht, die vom Sender in den Aether ausgestrahlten Radiowellen aufzufangen und wahrzunehmen¹⁴. Jedoch ist ihm gemäß Art. 21, Abs. 2 der VVO I das Auffangen von bestimmten Sendungen verboten, sofern diese „private, staatliche, militärische oder dienstliche Telegramme, Radiotelegramme, telephonische oder radiotelephonische Gespräche oder Mitteilungen“¹⁵ enthalten. Wir sind allerdings der Meinung, daß dieses Verbot von sehr geringem praktischem Wert ist, da es der Natur der Radiowellen zu wenig Rechnung trägt. Dagegen ergibt sich aus naheliegenden Gründen die Notwendigkeit, daß solche Sendungen, wie sie im Verkehr der radiocommunications verwendet werden, von demjenigen, der sie unbeabsichtigt empfängt, geheimgehalten werden müssen (Art. 21, Abs. 2 der VVO I). Sendungen, die nicht zum Empfang durch die Oeffentlichkeit bestimmt sind, lassen sich jedoch durch geeignete technische Maßnahmen (Anwendung eines der Oeffentlichkeit unverständlichen Codes, künstliche Verstümmelung der menschlichen Sprache, Verwendung von Radiowellen, die mit den handelsüblichen Radioapparaten nicht empfangen werden können) weit besser geheimgehalten als durch ein allgemeines Empfangsverbot¹⁶.

§ 8. Die Rundspruch-Empfangskonzessionen

Durch die Rundspruch-Empfangskonzession wird dem Konzessionär das Recht verliehen, Rundspruchsendungen zu empfangen und wahrzunehmen. Diese Umschreibung schließt den

¹⁴ Buser S. 86 a.

¹⁵ VVO I, Art. 21, Abs. 2.

¹⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen von Buser, S. 55 a.

Empfang anderer als Rundspruchsendungen aus; namentlich dürfen also radiocommunication-Sendungen nicht empfangen werden¹⁷. Dagegen enthält die Konzession das Recht zur Vornahme derjenigen Handlungen, die für Empfang und Wahrnehmung der Rundspruchsendungen erforderlich sind, insbesondere das Inbetriebsetzen des Empfangsapparates und das Anbringen von Empfangsantennen unter den in VVO I Art. 64 und Ausführungsverordnungen No. 314—328 enthaltenen Voraussetzungen.

Im Einzelnen ist zwischen mehreren Konzessionsarten zu unterscheiden, die hinsichtlich der Sendungen, deren Empfang dem Konzessionär erlaubt ist, und der Verwendung des empfangenen Sendegutes verschiedenartig ausgestaltet sind.

I. Radorundspruch-Empfangskonzession der Klasse I

Nach dem Wortlaut von Art. 61 der VVO I zum TVG be-
rechtigt diese Konzession ihren Inhaber,

„im Rahmen der geltenden Vorschriften zum eigenen Gebrauch eine radioelektrische Empfangsanlage zu erstellen und zum nicht öffentlichen Empfang der öffentlichen Rundspruchsendungen zu betreiben“.

Nachstehend soll das Wesen dieser Konzessionsart kurz näher umschrieben werden:

1. Empfangsanlage zum eigenen Gebrauch:

Damit wird festgelegt, daß nur der Konzessionär und die gemäß Ausführungsbestimmungen No. 301 und 303 zu seiner Wohnungsgemeinschaft gehörenden Personen die Empfangsanlage betreiben dürfen. Unter Betreiben und Gebrauchen ist das Inbetriebsetzen des Empfangsapparates zu verstehen, durch das die auf radio-elektrischem Wege übermittelten Sendungen wahrnehmbar gemacht werden.

¹⁷ Die Vollziehungsverordnung verwendet allerdings den Begriff der Rundspruchsendung auch für die Sendungen des sogenannten Presse- und Wirtschaftsfunks, die nach unserer Auffassung und entsprechend unserer Definition der radiodiffusion in § 1, I, S. 4 zu den radiocommunications gehören, da sie sich eben nicht an das «public en général», sondern an einzelne Personengruppen wenden.

2. Empfang der öffentlichen Rundspruchsendungen:

Als öffentliche Rundspruchsendungen bezeichnet Art. 61, Abs. 2 der VVO I „Radiokonzerte, Nachrichten, Vorträge, Hörberichte, Wetter-, Börsen- und Preisberichte, Zeitsignale usw.“.

In diese nicht abschließende Aufzählung sind also alle diejenigen Sendungen eingeschlossen, die ihrer Natur und ihrem Inhalte nach dazu bestimmt sind, von der Öffentlichkeit wahrgenommen zu werden, da sie sich im Allgemeinen an keinen individuell bestimmbaren Personenkreis wenden. Sie bilden das Arbeitsprodukt des Rundspruchbetriebes, der radiodiffusion¹⁸.

Eine Beschränkung der zum Empfang zugelassenen Sendungen auf die Darbietungen der nationalen Sender ist in der erwähnten Konzessionsbestimmung nicht enthalten. Der Konzessionär ist daher berechtigt, auf Grund der ihm von seinem Staat verliehenen Empfangskonzession alle im Aether befindlichen Rundspruchsendungen, unter Einschluß der von ausländischen Stationen ausgestrahlten, zu empfangen.

3. Nicht öffentlicher Empfang:

Nach Ausführungsbestimmung No. 301 gilt derjenige Rundfunkempfang als nicht öffentlich, „der nur dem Konzessionär und den zur Wohnungsgemeinschaft des Konzessionärs gehörenden Personen zugänglich ist“. Es ist dem Konzessionär also untersagt, die durch seine Empfangseinrichtungen wahrgenommenen Darbietungen Personen zugänglich zu machen, die zu ihm nicht in einem sehr eng umschriebenen persönlichen oder räumlichen Verhältnis stehen. Bei strenger Auslegung dieses Grundsatzes wäre es demnach unstatthaft, Bekannte, selbst Familienangehörige, die nicht in Wohnungsgemeinschaft mit dem Konzessionär leben, an den durch den Rundspruchempfang vermittelten Darbietungen teilnehmen zu lassen, was jedoch in der Praxis häufig geschieht und durch die Sendegesellschaften selbst sogar noch gefördert wird¹⁹. Diese allzu starke Begrenzung des Kreises der Hörberechtigten scheint uns indessen

¹⁸ § 1, I, S. 4.

¹⁹ Indem «Hörergemeinschaften» gebildet werden, denen auch Personen angehören können und sollen, die nicht Konzessionäre sind.

wirklichkeitsfremd zu sein und die eigentlichen Aufgaben des Rundfunks zu verkennen. Wir geben daher einer negativen Umschreibung des Begriffes des nicht öffentlichen Radorundspruch-Empfangs den Vorzug, die aus der privaten Sphäre diejenigen Personen ausschließt, die zum Konzessionär in keiner persönlichen, allenfalls auch räumlichen, Beziehung stehen. Ziel dieser Regelung ist es ja, den nicht öffentlichen Empfang vom Empfang mit öffentlicher Wiedergabe zu unterscheiden, und die zum letzteren gehörenden Kennzeichen werden es uns ermöglichen, den ersteren seinem Wesen und seiner Bestimmung nach zu verstehen.

Die Empfangskonzession der Klasse I auferlegt dem Konzessionär außerdem eine Reihe von Rechten und Pflichten mehr technischer Natur²⁰, die jedoch im Zusammenhang mit unserer Untersuchung von geringerer Bedeutung sind. Die Gebühren, die der Konzessionär zu entrichten hat, werden im folgenden Paragraphen eingehender betrachtet werden.

II. Radorundspruch-Empfangskonzession der Klasse II

Sie verleiht dem Konzessionär das Recht,

1. öffentliche Rundspruchsendungen zu empfangen und gewerbsmäßig zu verwerten, oder
2. Wirtschafts- und Presserundspruch zu empfangen
(VVO I, Art. 82)

1. Gewerbliche Verwertung der öffentlichen Rundspruchsendungen:

Der Untersuchung der damit zusammenhängenden tatsächlichen Fragen sind die nachfolgenden Kapitel gewidmet, weshalb wir es hier bei einer bloßen Aufzählung der wichtigsten Merkmale bewenden lassen.

- a) Die Empfangsanlage dient nicht mehr nur dem eigenen Gebrauch, sondern einer Verwertung.

²⁰ Vorschriften über die Konzessionserwerbung (VVO Art. 62), Erstellung der Empfangsanlage (Art. 64), Außenantennen ((Art. 65/6), Störungen (Art. 68), Kontrolle der Empfangsanlage (Art. 69), Gebühren (Art. 76/7) etc.

- b) Die auf radioelektrischem Weg übermittelten Sendungen werden nicht mehr ausschließlich zur Erbauung oder Belehrung verwendet, sondern der Konzessionär macht aus ihnen materiell meßbare Werte, die direkt oder indirekt zu seiner Bereicherung beitragen. Diese Gewinnerzielung ist das ausschlaggebende Merkmal der Gewerblichkeit der Verwertungshandlungen.

2. Empfang von Presse- und Wirtschaftsroundspruch:

Die Empfangskonzession der Klasse II berechtigt in dieser Unterart den Konzessionär, Sendungen zu empfangen, die sich ihrer Natur nach an einzelne bestimmte Personengruppen, an Zeitungsredaktionen, Nachrichtenagenturen, Banken, Börsen etc., richten und deshalb in die Empfangskonzession der Klasse I nicht eingeschlossen sind. Allerdings würden wir diese Arten von Sendungen nicht dem Rundspruch, der radiodiffusion, sondern eher der radiocommunication beordnen, weil sie sich eben nicht an das „public en général“ wenden, und weil die entsprechende Empfangskonzession auch nicht an jedermann, sondern nur an Angehörige bestimmter Berufs- oder Gewerbebezüge erteilt wird. In der Regel wird der Presse- und Wirtschaftsroundfunk nicht in der gleichen technischen Art und auf denselben Radiowellen ausgestrahlt wie der Unterhaltungsfunk.

III. Radorundspruch-Empfangskonzession der Klasse IIa

Diese Konzession berechtigt den Konzessionär zur öffentlichen Wiedergabe der öffentlichen Rundspruchdarbietungen (Art. 84 VVO I). Sie ist als eine Untergruppe der Konzession mit Berechtigung zur gewerbsmäßigen Verwertung der Sendungen zu betrachten, denn auch sie ermächtigt den Konzessionär, die Sendung nicht nur zum eigenen Gebrauch zu verwenden, sondern sie einem Personenkreis zugänglich zu machen, der nicht zu seiner Wohnungsgemeinschaft gehört. Dies läßt sich durch Lautsprecher, Kopfhörer, Mithöranlagen, Rundfunkvermittlungsanlagen und ähnliche Einrichtungen bewerkstelligen. Dieser Konzession unterstehen gemäß Ausführungsverordnung No. 362 Radioanlagen in Wirtschaften, Restaurants,

Warenhäusern, Hotels, Spitälern etc. und solche, „die anderswo zur öffentlichen Wiedergabe von Rundspruchdarbietungen verwendet werden“.

Auch die damit zusammenhängenden Fragen werden in den folgenden Kapiteln eingehend besprochen werden.

§ 9. Die Konzessionsgebühren

I. Wesen und Rechtsnatur der Konzessionsgebühren

Die sogenannte Konzessionsgebühr setzt sich zusammen aus einer Behandlungsgebühr (VVO I Art. 76, lit. a) und einer Hör- und Regalgebühr.

Die *B e h a n d l u n g s g e b ü h r* ist in ihrer rechtlichen Betrachtung eine Verwaltungsgebühr²¹. Sie wird einmal, bei der Verleihung der Empfangskonzession, geschuldet und ist als ein „einseitig auferlegtes Entgelt für die besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung“²² anzusehen, vor allem für die Erstellung der Konzessionsurkunde²³ und für ähnliche administrative Handlungen²⁴, die mit der Erteilung der Empfangserlaubnis zusammenhängen.

Die *R e g a l g e b ü h r* ist dagegen jährlich zum Voraus zu bezahlen²⁵. Sie ist kein Entgelt für eine Leistung, denn auch derjenige hat sie zu entrichten, der die Sendungen schweizerischer Radiostationen nie empfängt²⁶. Auch ist sie nach Birch keine Steuer, kein Entgelt für die Benützung einer öffentlichen Anstalt und kein Beitrag. Vielmehr ist sie als „Entgelt für bestimmte Vorteile, die verliehenen Regalrechte, die der Staat dem Pflichtigen bietet“²⁷ zu bezeichnen. Der Konzessionär entrichtet damit ein Entgelt für die ihm vom Staat durch die

²¹ Birch S. 46.

²² Birch a. a. O.

²³ Buser S. 91 a.

²⁴ Einrichtung eines individuellen Gebührenkontos, Aufnahme in das Verzeichnis der Empfangskonzessionäre etc.

²⁵ VVO I, Art. 76, Abs. 2.

²⁶ Vgl. Gilliéron S. 47.

²⁷ Birch S. 46.

Verleihung der Empfangskonzession geschaffene Möglichkeit, an den Rundspruchdarbietungen teilzunehmen. Der Abgabepflichtige bezahlt seine Konzessionsgebühr jedoch nur für die Möglichkeit eines Rundfunkempfangs, denn nach VVO I Art. 75 bietet der Staat ja keine Gewähr für Umfang und Qualität der Rundspruchdarbietungen: „la taxe prélevée est le permis de chasse de l'auditeur de radiodiffusion“²⁸. Auch derjenige Konzessionär hat die Gebühr zu entrichten, der in Landesgegenden wohnt, in denen der Empfang schweizerischer Rundspruchsender aus atmosphärischen oder geographischen Gründen unmöglich ist.

Buser²⁹ vertritt die Ansicht, daß in der Hörgebühr eine Gebühr für die Sondernutzung an Radioelektrizität, die musikalische, literarische und andere Darbietungen übermittelt, eingeschlossen sei. Doch setzt Sondernutzung stets eine tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über den Nutzungsgegenstand voraus, die jedoch hinsichtlich der Rundfunkwellen, dieser unkörperlichen, herrschaftslosen physikalischen Erscheinungen, nicht vorliegen kann.

Es ist aber nicht zu übersehen, daß die Konzessionsgebühren, die wir soeben als Entgelt für die Hörberechtigung, als Gegenleistung für die vom Staat gebotene Empfangsmöglichkeit, kennengelernt haben, von der überwiegenden Mehrzahl der Konzessionäre als Entgelt für die empfangenen Sendungen angesehen wird. Dieser Schluß liegt, wenn man an die Verwendung der Gebühren denkt, nahe, ist aber in juristischer Betrachtung unrichtig. Dies zeigt sich sogleich, wenn wir die Landesgrenzen verlassen und uns dem internationalen Radiowesen zuwenden.

II. Die Gebührenfrage auf internationalem Gebiet

Die Radiowellen machen nicht an staatlichen Hoheitsgrenzen Halt. Sie können, von einem einzigen Sender ausgestrahlt, meist in zahlreichen anderen Ländern aufgefangen und wahrgenommen werden. Viele Sendungen sind eigens für die Ueber-

²⁸ Gilliéron S. 45.

²⁹ S. 92 a.

windung größter Distanzen inhaltlich und technisch ausgerüstet, so die über Richtstrahler ausgesandten Programme für Auslandschweizer, ebenso fremdsprachige Propagandasendungen. Soll nun derjenige Hörer, der im Ausland die Sendungen schweizerischer Stationen empfängt, dafür eine Gebühr entrichten, und ist umgekehrt in der schweizerischen Konzessionsgebühr eine Entschädigung an ausländische Sender, deren Empfang ja nach den schweizerischen Konzessionsbestimmungen erlaubt ist, inbegriffen?

Aus dem, was soeben über die Rechtsnatur der Gebühren gesagt wurde, ergibt sich ohne weiteres, daß von einer direkten Entschädigung seitens des Konzessionärs an die Sendegeellschaften nicht gesprochen werden kann, denn die Gebühr wird dem Inhalt der Funkhoheit, nicht aber dem Lieferanten der einzelnen Sendungen geschuldet. Es wäre überdies ja auch völlig unmöglich festzustellen, welcher Hörer in- und welcher ausländische Sender empfängt. Auch reicht das innerstaatliche Funkregal nur bis zu den Landesgrenzen, und es ist klar, daß die darauf sich gründende Regalgebühr nur von Personen erhoben werden kann, die der innerstaatlichen Gesetzgebung unterstehen³⁰. Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß eben die Rundpruchgesellschaften ihre Betriebsmittel nicht von ihren Hörern erhalten sondern entweder von denjenigen Radiokonzessionären, die einer gleichen Rechtshoheit unterliegen wie sie selbst, oder aber von anderer Seite, in der Form von Entgelten für Reklamesendungen oder als direkte staatliche Beiträge oder Subventionen.

III. Die spezielle Gebühr der Empfangskonzession IIa

Nach Art 85, Abs. 3 der VVO I zum TVG enthält die Gebühr der Empfangskonzession IIa außer der allen Konzessionsgebühren gemeinsamen Regalgebühr zwei weitere, dem Rundpruchbetrieb an und für sich wesensfremde Bestandteile: eine Autoreng Gebühr nach Maßgabe der urheberrechtlichen Bestimmungen, und eine Entschädigung, die der schweizerischen Rund-

³⁰ Buser S. 93 a.

spruchsgesellschaft für die gewerbliche Verwendung der Rundspruchsendungen zugeführt wird.

Die *Autorengebühr* findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 12, Ziff. 3 des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes: das ausschließliche Recht der öffentlichen Aufführung von Werken bleibt deren Urheber vorbehalten. Die durch Lautsprecher oder ähnliche Vorrichtungen erfolgende öffentliche Wiedergabe einer Rundfunksendung, durch welche ein geschütztes Werk übermittelt wurde, ist zweifellos als erneute öffentliche Aufführung jenes Werkes zu betrachten und als solche prinzipiell dem Urheber vorbehalten.

Die öffentliche Lautsprecherverbreitung von Rundfunksendungen und ihr Verhältnis zu den ausschließlichen Werknutzungsrechten des Urhebers ist Gegenstand zahlreicher Untersuchungen, deren Autoren sie teilweise als offene Urheberrechtsverletzung³¹, teilweise aber als urheberrechtlich irrelevanten Tatbestand³² auffassen. Ohne auf diese Auseinandersetzungen näher eingehen zu können bekennen wir uns mit den Argumenten von Iklé³³ zur Auffassung, daß jede Lautsprecherverbreitung eines Werkes als Urheberrechtsverletzung zu gelten hat³⁴.

Da einerseits die öffentliche Wiedergabe von Rundfunksendungen durch die Empfangskonzession der Klasse IIa gestattet ist, andererseits jedoch der Autor nicht zu überprüfen in der Lage ist, ob, wo und durch wen eine erneute Aufführung seines Werkes erfolgt, muß sich dieser die Aufführung gefallen lassen, d. h. aber, daß für Werke, deren Sendung durch den Rundspruch der Autor bewilligt hat, eine Zwangslizenz zugunsten des kraft öffentlichen Rechtes zur gewerblichen Verwertung Berechtigten besteht. Der vermögensrechtliche Anspruch auf Entschädigung, den der Autor besitzt, wird durch die Autorengebühr der Konzession IIa in der Form einer Pauschalentschädigung befriedigt.

³¹ Iklé S. 78 ff., Saudemont S. 141 f., Dawid S. 61, Pincus i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 129 ff., Neugebauer, Funkrecht, S. 150.

³² Ratzkowski S. 52 f., Mann S. 40.

³³ S. 78 ff.

³⁴ Vgl. dazu unsere in anderem Zusammenhang stehenden Untersuchungen zu diesem Fragenkomplex in § 14, II, S. 60 ff.

Wenn also der Urheber die Erlaubnis zur Aufführung eines seiner Werke durch den Rundfunk gegeben hat, kann er eine weitere Verwertung seiner Rechte, die die Verwertung der sie übermittelnden Rundfunksendung nach sich zieht, nicht mehr verhindern. Am Bestehen dieser Zwangslizenz kann unserer Auffassung nach auch die Tatsache nichts ändern, daß ihre Rechtsgrundlage nicht im Urheberrechtsgesetz selbst, sondern in einer Rechtsquelle des öffentlichen Rechtes niedergelegt ist. In der uns zur Verfügung stehenden Literatur haben wir übrigens einen Hinweis auf diese Zwangslizenz nicht finden können.

Die Entschädigung für die gewerbsmäßige Verwertung der Rundfunksendung ist in allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet: wer das Arbeitsergebnis eines anderen zu eigenen gewerblichen Zwecken verwendet, hat dafür eine Entschädigung zu entrichten; das ergibt sich schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. In den folgenden Kapiteln wird über diese Fragen ausführlich zu reden sein. Hier sei nur ein Gesichtspunkt dieser Regelung erwähnt, der verschiedene prinzipielle Fragen aufwirft:

Warum fällt die Entschädigung für die gewerbliche Verwertung der Sendungen im Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft an die schweizerische Rundspruchgesellschaft, warum nicht an diejenige Sendegesellschaft, deren Sendung, d. h. deren Arbeitsergebnis, verwertet wurde, wenn doch die Entschädigung als Gegenleistung für die Benützung einer individuellen Arbeitsleistung zu gelten hat? Uebernimmt es die Schweizerische Rundspruchgesellschaft, die Entschädigungen an alle auswärtigen Sendegesellschaften oder an eine internationale Dachorganisation zu überweisen, oder behält sie, die ja während zahlreichen Tagesstunden nicht sendet, also kein verwertbares Arbeitsergebnis liefert, alle Entschädigungen für sich? Stützt sich die Erhebung dieser Entschädigung einzig auf die erwähnten allgemeinen Grundsätze, oder existieren präzisere gesetzliche Grundlagen?

Wir möchten in diesem Zusammenhang die aufgeworfenen Fragen noch nicht behandeln. Es geht uns hier nur darum, einen an und für sich billigen und gerechten Grundsatz, näm-

lich denjenigen der Entschädigung für die Verwertung von Rundfunksendungen zu gewerblichen Zwecken, und eine in mancher Hinsicht diskutable Durchführung miteinander zu vergleichen, um daraus die Unzulänglichkeit der praktischen Durchführung und die Zweifelhaftheit der Rechtsgrundlagen zu erkennen und einen Ausgangspunkt für unsere weiteren Betrachtungen zu gewinnen.

IV. Einzug und Verteilung der Konzessionsgebühren

Die Konzessionsgebühren werden durch die regional zuständige Telephondirektion als Beauftragte der Generaldirektion der PTT im Sinne von Art. 13 der VVO I zum TVG eingezogen. Davon behält die Generaldirektion PTT ungefähr einen Drittel zur Bestreitung der mit dem technischen Sendebetrieb zusammenhängenden Auslagen, während die restlichen beiden Drittel auf die Generaldirektion der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft zur Durchführung des Programmbetriebes und zur Bestreitung administrativer Unkosten verteilt werden.

Die Verteilung der Programmgelder auf Generaldirektion, Kurzwellendienst und Radiogenossenschaften geschieht nach einem internen Schlüssel, wobei vom Gesamtanteil der Rundspruchgesellschaft an den jährlichen Konzessionsgebühren-Einnahmen ungefähr ein Fünftel für Generaldirektion und Kurzwellendienst bestimmt ist, während der restliche Betrag zu 47,5 % an den Landessender Beromünster, zu 33,5 % an Sotens und zu 19 % an Monte Ceneri zur Aufteilung an die Radiogenossenschaften überwiesen wird³⁵.

Die Regalgebühren dienen demnach der ausschließlichen Finanzierung des schweizerischen Rundspruchbetriebes.

³⁵ Vgl. Jahresbericht 1948 der SRG, S. 100, 105 und 108.

§ 10. Die Rechtsbeziehungen des Konzessionärs zum Rundfunksender und zum Staat als dem Inhaber der Funkhoheit

I. Rechtsbeziehungen zwischen Konzessionär und Sender

Der eigentliche Akt des Aussendens von Sendegut endigt mit der Ausstrahlung der radio-elektrischen Wellen durch die Sendeantenne³⁶, der Rundfunkempfang beginnt mit dem Aufnehmen der ausgestrahlten Radiowellen. Dazwischen liegen räumliche Distanzen von zuweilen enormen Ausmaßen. Keine körperliche Verbindung befindet sich zwischen diesen beiden Stationen, nichts überbrückt diese Entfernung als eine physikalische Erscheinung, die mit bloßen Sinnen nicht einmal wahrgenommen werden kann. Dazwischen liegt der Aether, ein für den Sendevorgang äußerst wichtiges Medium, das aber bis heute noch nicht eindeutig charakterisiert wurde.

Eine tatsächliche, materielle Beziehung besteht nicht zwischen dem Aussendenden und dem Empfangenden, höchstens eine ursächliche: ohne Sendung ist ein Empfang nicht möglich. Gibt es aber eine rechtliche Beziehung zwischen Sendung und Empfang, zwischen der Sendegesellschaft und dem Radiohörer? Ist der Sender etwa Eigentümer der Radiowellen, die der Radiohörer verwendet und verwertet?

Die elektrische Kraft ist als Naturkraft der Wasser-, Wärme- oder Lichtkraft vergleichbar und kann, „weil über eine Naturkraft weder die tatsächliche Gewalt ausgeübt, noch nach Belieben verfügt werden kann“³⁷, nicht Gegenstand des Besitzes oder Sacheigentums sein. Radioelektrizität ist bestimmt geformte elektrische Kraft, die sich durch den Aether fortbewegt und „in ihrer natürlichen Beschaffenheit vom Aether tatsächlich untrennbar ist“³⁸. Der Sender hat, wie bereits ausgeführt wurde, keine Möglichkeit, die ausgestrahlten Radiowellen zu vernichten, zurückzuholen oder ein zweites Mal auszusenden. Mittel und Gegenstand der Beförderung sind identisch, sind

³⁶ Jaccottet S. 36.

³⁷ Buser S. 29 a.

³⁸ Buser S. 31 a.

modulierte Wellen. Auch vermag der Radiohörer nicht, die Wellen in seinen Besitz zu nehmen und dadurch zu verhindern, daß ein anderer, bildlich gesprochen „hinter“ ihm sich befindender Hörer die gleichen Wellen noch einmal wahrnimmt.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß zwischen Sender und Hörer kein in einem Eigentumsrecht begründetes Rechtsverhältnis bestehen kann. Auch irgendwelche vertraglichen Beziehungen, etwa arbeitsvertraglicher Natur, liegen nicht vor. Es gibt vielmehr, wie übereinstimmend festgestellt wird³⁹, überhaupt keine Rechtsbeziehung zwischen Rundfunksender und Radiohörer.

Allerdings wäre die Durchführung des Sendebetriebs sehr erschwert ohne das Bestehen irgendwelcher Beziehungen von Sender und Hörer, denn die für die Durchführung der Sendung Verantwortlichen hätten keine Uebersicht über Anzahl und Zusammensetzung der Hörschaft, an die sie sich zu wenden haben und nach denen sie die Programmzusammenstellung zu richten haben, wenn nicht der Staat durch einen Hoheitsakt sowohl Sender als auch Hörer mit sich in Beziehung setzen und dadurch unter den beiden eine indirekte Verbindung herstellen würde. So ist auch die Möglichkeit gegeben, die Aufwendungen der Rundfunksender aus Geldern der Hörer zu finanzieren.

II. Rechtsbeziehungen zwischen Konzessionär und Staat

Dadurch, daß der Staat Inhaber des Funkregals ist, hat er sich über Sender und Empfangende gestellt. Die aus dem Regal sich ergebende Gesetzgebungskompetenz gibt ihm die Möglichkeit, zu den beiden am Radioverkehr beteiligten Parteien Rechtsbeziehungen herzustellen, die in dem Moment in Erscheinung und in Wirksamkeit treten, da diese eine dem Regal widersprechende Handlung vornehmen oder als Konzessionäre die durch das Regal ursprünglich ausschließlich dem Staat vorbehaltene Tätigkeit ausüben.

³⁹ Vgl. die Ausführungen von Gilliéron S. 29 ff., Buser S. 29 a ff., Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, zit. bei Runge, S. 283.

Die Beziehungen sind öffentlich-rechtliche, durch einen staatlichen Hoheitsakt begründete.

Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Inhaber einer Empfangskonzession beruht nach Buser „auf einer Konzession für Erstellung, Betrieb und Benützung einer radioelektrischen Anlage, für ein Sondernutzungsrecht an Radioelektrizität, die den öffentlichen Rundspruch vermittelt, und der mit der Konzession verbundenen Zulassung zum Radiorundspruch“⁴⁰. Dieses Sondernutzungsrecht wird wie folgt begründet: Die Luft ist eine Sache im Gemeingebrauch; an ihr ist kein Eigentum möglich. Aether als ein der Luft ähnliches Fluidum steht ebenfalls im Allgemeingebrauch. Seine Benützung zum Empfang von Radiowellen und zur nicht planmäßigen Abgabe von Radioelektrizität ist jedermann gestattet. „Für das planmäßige Aussenden von radioelektrischen Wellen im Dienste des Radioverkehrs genügt der Gemeingebrauch indessen nicht. Weil bei den Sendern in der Regel eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Beanspruchung des Aethers eintritt, ist es nötig, daß . . . Vorschriften aufgestellt werden, die . . . dem Konzessionär . . . eine Sondernutzung an Aether und Aetherraum verleihen“⁴¹. Die von den Sendestationen kraft des ihnen vom Staat verliehenen Sondernutzungsrechte ausgestrahlten Radiowellen gehen in den Aether und damit in den Gemeingebrauch über und können vom Hörer „kraft ihm vom Staat verliehenen Sondernutzungsrechts“⁴² aufgefangen werden.

Zwischen Radiohörer und Staat besteht also ein durch Hoheitsakt begründetes öffentlich-rechtliches Verhältnis, und die Konzessionsbestimmungen tragen daher öffentlich-rechtlichen Charakter.

⁴⁰ S. 83 a.

⁴¹ S. 13 a/14 a.

⁴² S. 33 a.

3. Kapitel

Die Verwertung der Rundfunksendung

§ 11. Die Verwertung im Allgemeinen

I. Begriff und Wesen der Verwertung

Eine Sendung verwerten bedeutet zunächst, sie so zu benutzen, daß die ihr innewohnenden und mit ihr übermittelten Werte wesens- oder bestimmungsgemäß ihre Auswirkungen entfalten können.

Diese Definition bedarf folgender Erläuterungen:

1. Als Benutzung kommt jedes Gebrauchen, Verwenden, jede aktive oder passive Handlung, Vornahme in Frage, die an der Sendung als einer unkörperlichen Erscheinung vollzogen werden kann.
2. Gegenstand der Benutzung ist die Rundfunksendung, diese radio-elektrische Mitteilungsform, Endprodukt aus dem Zusammenwirken von schöpferischen, wiedergebenden, administrativen, technischen und anderen Arbeitsleistungen, die in der Form von unkörperlichen, nur physikalisch feststellbaren Radiowellen sich im Aether befindet¹.
3. Die der Sendung innewohnenden Werte sind zunächst ideeller Natur: Unterhaltung, Belehrung, Erbauung, Information usw. Materielle Werte (Geldwert) enthält die Sendung an sich nicht, doch lassen sich solche durch ein besonders geartetes Benutzen, durch das gewerbliche Verwerten, erzielen: die Sendung kann vom unkörperlichen Gute gewissermaßen zur Ware gemacht werden und dadurch materiellen Wert erlangen².

¹ Vgl. dazu unsere Ausführungen in § 1 und 2, S. 1 ff.

² Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 291 f., Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1.

4. Die wesensgemäße Auswirkung der der Sendung immanenten Werte wird in ihrer Entfaltung beschränkt durch die tatsächliche oder rechtliche Beschaffenheit dieser Werte, die, da sie geistig-immaterieller Art sind und als solche keinen Handelswert haben, nicht Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs oder sachenrechtlicher Beziehungen sein können, während die bestimmungsgemäße Auswirkung ihre Grenzen an einem vom Aussendenden oder vom Inhaber der Funkhoheit erlassenen Verbot findet.

Eine Sendung verwerten bedeutet aber außerdem und vor allem, die mit ihr erzielbaren materiellen Werte zu realisieren, mit anderen Worten: die Sendung in Geld umzusetzen, finanziellen Gewinn aus ihr zu ziehen³.

II. Bestimmungsgemäße Verwertung

Zweckbestimmung der Rundfunksendung ist, wie wir oben gesehen haben, die Belehrung, Erbauung und Unterhaltung der Rundfunkhörer. Mit diesem Zweck wird das Ziel verfolgt, die Rundfunköffentlichkeit am kulturellen und geistigen Leben teilnehmen zu lassen⁴. Zur Erreichung dieses Zweckes dient die gesamte Tätigkeit der Sendestationen auf der einen, das Empfangen und innere Verarbeiten des Sendegutes auf der andern Seite. Wer die Sendung hört, akustisch wahrnimmt, und das Dargebotene als der direkt und unmittelbar Angesprochene in sich aufnimmt, zu seinem geistigen Besitz macht, der verwertet damit die Sendung in einem Ausmaße, das mit der Zweckbestimmung des Rundfunkbetriebes übereinstimmt und das ihm zur Verfügung gestellte Gut sinngemäß benutzt.

Diese Verwertung zum privaten Gebrauch umfaßt alle Handlungen, die der Aufnahme und inneren Verarbeitung des Sendegutes dienen, und die der vom Aussendenden beabsichtigten und angesprochenen privaten Wirkungs-

³ Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1, Dawid S. 61, Tabouis i. ArchFR 1933, S. 311, Bürgin i. ArchFR 1929, S. 162.

⁴ Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1.

sphäre der Sendung angehören. Der Radiohörer nimmt das Dargebotene zur Kenntnis und verleibt es dem Gebiete seiner eigenen, persönlichen Kenntnisse, seiner Erfahrung und Erinnerung ein⁵. Er kann es aber auch als Teil seines Wissens an Dritte erzählen, ohne dadurch die Grenzen des privaten Gebrauchs zu überschreiten⁶. Am privaten Charakter der Verwertung wird auch dadurch nichts geändert, daß nicht nur der Konzessionär, sondern auch andere Personen in den Genuß der durch die Sendung vermittelten Werte kommt, sofern sich diese Personen in einer engen Beziehung räumlich-wirtschaftlicher (unserer Ansicht nach auch persönlicher)⁷ Natur mit dem Konzessionär befinden.

Zum privaten Gebrauch gehört aber auch das Niederschreiben oder körperliche Festhalten der Sendung⁸, sofern dies ausschließlich den privaten persönlichen Bedürfnissen der Empfangsberechtigten dient, denn auch diese Handlungen sind dazu angetan, dem Hörer, der einen Teil der angesprochenen Rundfunköffentlichkeit darstellt, das Dargebotene in seinen ideellen Besitz zu überführen, selbst wenn dieser sich dazu einer körperlichen Festlegungsform bedient. Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Verwertende urheberrechtlich geschütztes Gut auf Schallträger fixieren darf⁹.

Privat ist also stets diejenige Verwertung, die in ihren unmittelbaren Auswirkungen nicht über den Kreis der Hörberechtigten hinausgeht und ihnen keinen materiell meßbaren Gewinn einträgt.

Wer dagegen die Sendung gegen Entgelt weiter vermittelt oder als verkörperlichte Gegenstände in den Handel bringt, wer sonstwie Inhalt oder Form des übermittelten Sendegutes zu Gewinnzwecken verwertet¹⁰, der vollzieht dadurch eine von den

⁵ Giesecke u. Tabouis a. a. O., Buser S. 217 a. f.

⁶ Ein analoger Tatbestand liegt vor, wenn ein Theaterbesucher den Inhalt des aufgeführten Stückes, ein Leser denjenigen eines Buches weiter erzählt.

⁷ Vgl. hierzu unsere Ausführungen in § 8, I, 3., S. 34 f.

⁸ So z. B. das Notieren von Börsen- und Wetterberichten, von Wirtschaftsnachrichten aller Art, das nach Hoffmann (i. ArchFR 1932, S. 291 f.) auch privaten geschäftlichen Zwecken dienen darf.

⁹ Vgl. dazu § 14, II, S. 60 ff.

¹⁰ § 13, S. 52 ff.

Sendegesellschaften keineswegs beabsichtigte Verwertung der Sendung, weil er sie nicht zu ideellen, sondern zu materiellen Zwecken verwertet und auf diese Weise gegen Anstand und Billigkeit und in den meisten Fällen auch gegen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Empfangskonzession, möglicherweise — und das wird in den folgenden Kapiteln zu klären sein — auch gegen privatrechtliche Grundsätze, verstößt.

§ 12. Die gewerbliche Verwertung im Besonderen

I. Begriff und Wesen der gewerblichen Verwertung

Die gewerbliche Verwertung der Rundfunksendung kennzeichnet sich dadurch, daß sie die dem Sendegut immanenten ideellen und geistigen Werte in materielle Werte umwandelt und diese gegen Entgelt veräußert. Die Sphäre des privaten Gebrauches wird überschritten; der Verwertende führt die Sendung einem Personenkreis zu, der auf diese Weise durch die Tätigkeit des Senders nicht erreicht werden sollte, da er nicht der qualitativ begrenzten Rundfunköffentlichkeit angehört. Er kann ihr zwar angehören, jedoch nur auf Grund einer direkten technischen und tatsächlichen Beziehung zum Sender, die in der Verleihung der Empfangskonzession indirekt ihre rechtliche Grundlage hat, und nicht erst durch die Vermittlung des Verwerters.

Durch die Verwertungshandlungen, die mit der ursprünglichen Aussendung in einem ursächlichen, nicht aber in einem organisch-einheitlichen Zusammenhang stehen, liefert der Verwerter an Dritte das Sendegut identisch oder in veränderter Darstellungsform¹¹.

Durch die gewerbliche Verwertung wird die Rundfunksendung zu einer Ware, einer wirtschaftlich meßbaren Größe, durch die der Verwertende materiellen Gewinn erzielen kann. Er bereichert sich am Arbeitsergebnis eines anderen¹².

¹¹ Vgl. § 13, S. 52 ff.

¹² Ostertag i. D. A. 1939, S. 67.

Gewerblich ist die Verwertung dann, wenn sie in einer auf Gewinnerzielung gerichteten Betätigung besteht. Die französische Theorie verwendet den präziseren Ausdruck der „utilisation dans un but de lucre“¹³, oder noch besser als „exploitation“¹⁴. Die Gewinnerzielung braucht nicht notwendigerweise in einer tatsächlichen Vermögensvermehrung zu bestehen; auch diejenige Verwertung ist eine gewerbliche, durch die dem Verwertenden Minderausgaben entstehen¹⁵. Auch braucht der Gewinn prinzipiell nicht zahlenmäßig festzustehen. Es genügt, daß er feststellbar ist.

II. Das Subjekt der Verwertungshandlungen

Subjekt, das heißt Ausführender der Verwertungshandlungen, kann derjenige sein, der in der Lage ist, die Sendung zu empfangen; dabei ist es nicht erforderlich, daß er auch Konzessionär, d. h. nach öffentlichem Recht zum Empfang berechtigt sei. Im allgemeinen wird es sich jedoch beim Verwertenden um einen Konzessionär handeln. Die Beurteilung seiner Handlungen wird sich in erster Linie nach dem seiner Empfangserlaubnis zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zum Inhaber der Funkhoheit zu richten haben. In den Konzessionsbestimmungen wird daher nach Grundsätzen zu suchen sein, an denen seine Verwertungshandlungen zu messen sind, durch die festzustellen ist, ob er damit die Grenzen seiner Befugnisse überschritten habe¹⁶. Ist der Verwertende Konzessionär der Klasse II oder IIa, so stehen seinen Verwertungshandlungen seitens des öffentlichen Rechtes keine Hindernisse entgegen. Das schließt allerdings nicht aus, daß durch die gewerbliche

¹³ Straschnov S. 79.

¹⁴ Giesecke i. ArchFR 1930, S. 2.

¹⁵ Es wird ja nur der wirtschaftliche Enderfolg und seine Auswirkungen auf das Vermögen des Verwertenden betrachtet. Vgl. dazu die Ausführungen bei Oser/Schönenberger, N. 3 zu Art. 62 OR, S. 433, v. Thur/Siegwart S. 401 f. und Guhl, S. 151, die den speziellen Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung betreffen, deren Erkenntnisse jedoch auch hier Verwendung finden können.

¹⁶ § 8, S. 32 ff.

Verwertung auch andere Rechtsgrundsätze, insbesondere urheberrechtliche, tangiert werden¹⁷.

Ist der Verwertende dagegen Konzessionär der Klasse I, so werden durch die Verwertungshandlungen die Konzessionsbestimmungen verletzt.

Die Sendung gewerblich verwerten kann aber auch derjenige, der, ohne selbst Konzessionär zu sein, als Hörer bezeichnet werden muß, ebenso, wer keiner staatlichen Funkhoheit untersteht, und wer Schwarzhörer, d. h. Radiohörer ohne Konzession, ist.

Diese Uebersicht zeigt, daß jeder Hörer, auch der ausländische, ein möglicher Verwerter ist, daß also Verwertungsmöglichkeiten überall dort existieren, wo die Radiowellen aufgefangen werden können.

III. Das Objekt der Verwertungshandlungen

Objekt der Verwertung ist die Rundfunksendung, wie wir sie im 1. Kapitel charakterisiert haben. Hier sei sie unter dem Gesichtspunkte ihrer Verwertung einer erneuten Betrachtung unterzogen.

1. Aus der Zweiheit von Sendegut, d. h. von stofflichem, gedanklichem Gehalt, und radio-elektrischer Uebermittlungsform entsteht durch das Tätigwerden des Sendenden die Einheit Sendung. Sie umfaßt und beinhaltet begrifflich¹⁸ beides, so wie die Sendung als physikalische Erscheinung sowohl Trägerwelle als auch modulierte Wellen umfaßt. Uebermittlungsform ohne Sendegut¹⁹ ist ebensowenig Sendung wie Sendegut ohne Uebermittlung²⁰. Nur die Einheit kann empfangen und deshalb auch verwertet werden. Der Angriffspunkt der Ver-

¹⁷ Die damit zusammenhängenden Fragen werden in § 14, II, S. 60 behandelt.

¹⁸ Entsprechend der in § 1, II, S. 5 gegebenen Definition.

¹⁹ Der Sender strahlt zwar seine Trägerwelle aus, hat ihr aber keine modulierten Wellen überlagert: es kann nichts empfangen werden.

²⁰ Eine premiäre audition findet zwar u. U. statt, aber der Sender strahlt keine Radiowellen aus, liefert keine Beförderungsmittel: es kann nicht empfangen werden.

wertung liegt dagegen entweder bei der Uebermittlungsform oder beim Inhalt: im ersteren Fall liegt der realisierbare Wert der Sendung mehr im technischen Vorgang (bei den Formen der direkten Verwertung), im zweiten Fall mehr im stofflichen Inhalt (bei der indirekten Verwertung).

2. Die Sendung ist nicht Einheit von Anbeginn. Sie wird dazu geschaffen, und dazu bedarf es der verschiedenartigsten Arbeitsleistungen seitens zahlreicher Mitarbeiter und Hilfskräfte. Autoren beschaffen das Sendegut, ausübende Künstler geben es in der première audition wieder, geleitet von Regisseuren, Techniker und andere Fachleute wirken mit, und aus dem Zusammenwirken all dieser Arbeitsleistungen und Aufwendungen entsteht, unter beträchtlichem Kosten- und Arbeitsaufwand, das Endergebnis, die Sendung²¹. Sie stellt, „ähnlich wie Konzert- oder Theateraufführungen oder Nummern von Zeitungen und Zeitschriften, einen eigenartigen Komplex von geistigen und wirtschaftlichen Interessen dar“²².

§ 13. Die Arten der gewerblichen Verwertung

I. Die direkte gewerbliche Verwertung der Sendung

Unter direkter gewerblicher Verwertung ist jede Benutzung der Sendung in akustischer,, elektrischer, radio-elektrischer oder mechanischer Form zu verstehen²³. Sie schlägt weniger aus dem Sendegut als aus der Uebermittlungsform Gewinn; wichtig ist, daß die Sendung als physikalische Erscheinung der technischen Beeinflussung des Verwertenden unterliegt. Der stoffliche Inhalt ist erst in zweiter Linie von Bedeutung.

Die direkte gewerbliche Verwertung der Sendung besteht, allgemein gesprochen, darin, daß die Sendung für eine Öffentlichkeit, die nicht Teil der vom Sender direkt angesproche-

²¹ Ostertag i. D. A. 1939, S. 67, Bürgin S. 162, Buser S. 215 a ff.

²² Buser S. 216 a.

²³ Hoffmann S. 291 f., Bollecker S. 132, Buser S. 216 a f., Straschnov S. 79, Tabouis i. ArchFR 1933, S. 311 f.

nen ist, in einer von der ursprünglichen Sendung verschiedenen Form akustisch wahrnehmbar gemacht wird, woraus dem Verwertenden Gewinn finanzieller Natur erwächst. Aber hier besteht zwischen Aussendung und Wahrnehmung nicht mehr eine direkte tatsächliche Beziehung²⁴; vielmehr tritt die Verwertungshandlung als verbindender und verursachender Faktor²⁵ dazwischen. Sie verursacht die Wahrnehmung durch jene sekundäre, nicht unmittelbar angesprochene Oeffentlichkeit, indem sie die technische Verbindung zur ursprünglichen Sendung herstellt.

Der Verwertende vermittelt die Wahrnehmung, indem er die Sendung an Dritte weitergibt. Diese werden jedoch nicht durch die ursprünglichen, vom Sender ausgestrahlten Radiowellen erreicht, sondern durch Wellen, die vom Verwertenden hergestellt und geformt wurden in einem technischen Vorgange, der über den zum gewöhnlichen Rundfunkempfang notwendigen hinausgeht. Darin liegt das entscheidende Merkmal der Verwertungshandlung: daß sich der Verwertende in den natürlichen Verlauf der Radiowellen einschaltet und ihnen eine neue Form²⁶ oder eine andere Richtung²⁷ gibt. Dies kann in folgender Weise geschehen:

1. *a k u s t i s c h*: durch das Aufstellen eines Lautsprechers, mit dem eine neue Oeffentlichkeit erreicht werden soll²⁸. Diese Verwertungsart ist, da sie keine komplizierten technischen Einrichtungen erfordert, sehr verbreitet. Ihrer bedienen sich Hoteliers, Gastwirte etc. zur Unterhaltung ihrer Kundschaft²⁹.

²⁴ Diese wird durch die unbeeinflusste, direkte, unmittelbare Fortpflanzung der Radiowellen vom Sender zum Empfänger hergestellt.

²⁵ Vgl. dazu die eingehendere Besprechung der Verwertungsarten Ziff. 1—4, unten.

²⁶ Eine akustische (Lautsprecher), elektrische (Drahtfunk) oder mechanische Form (Schallplatte).

²⁷ In Gestalt einer neuen Trägerwelle neuer Frequenz.

²⁸ Iklé S. 78, Urteil des franz. Kassationsgerichtshofes, zit. i. D. A. 1949, S. 22; anders Ratzkowski S. 52 f., Mann S. 40, Pintus i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 129 f., Urteil des Landesgerichtshofes Danzig i. ArchFR 1929, S. 572.

²⁹ Buser S. 217 a, Urteil der Cour d'appel de Nancy, zit. i. D. A. 1946, S. 68 f.

Die Gewerblichkeit dieser Verwertungshandlung ist darin zu erblicken, daß die erheblichen Kosten, die durch die Anstellung von Musikern entstehen würden, durch die Lautsprecherverwertung erspart werden können, und daß auf diese Weise auch der Umsatz der betreffenden Unternehmungen steigen kann, indem das Publikum durch die Lautsprecherdarbietungen angezogen wird.

Aber der Tatbestand der direkten akustischen Verwertung der Sendung zu gewerblichen Zwecken muß auch dann als erfüllt betrachtet werden, wenn das Gemeinwesen auf öffentlichen Plätzen Lautsprecher installiert, durch die Darbietungen von Rundspruchsendern übertragen werden. Das Moment der Gewerblichkeit ist auch hier vor allem in den Einsparungen zu erblicken, die dem Veranstalter dieser Darbietungen dadurch erwachsen, daß er sich der Leistungen eines anderen bedient und auf eigene Anstrengungen verzichten kann. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Verwertende unter Umständen mit dem Inhaber der Funkhoheit identisch ist, denn nicht er ist es ja, der die verwertbare Arbeitsleistung erbringt.

2. elektrisch : Der Verwertende benützt die im Empfangsapparat entstehenden elektrischen Wellen zur rein elektrischen, durch Draht erfolgenden Weiterleitung an Dritte gegen Entgelt³⁰. Das ist der Drahtfunk oder die Rundfunkvermittlung (Telefonradio), wie sie von staatlichen³¹ oder privaten³² Unternehmungen, zumal in Ländern mit schlechten Empfangsbedingungen, häufig betrieben wird. Er ist dazu geschaffen, atmosphärische Störungen zu vermindern und die Empfangsklarheit zu verstärken, und er hat den Vorzug, daß zu seiner Wahrnehmung weniger komplizierte und daher billigere Apparate genügen.

Die Personen, denen die elektrischen Wellen geliefert werden, sind mit dem Verwertenden auf dem Drahtwege verbunden; die ganze Anlage bildet eine körperliche Einheit. Das Merkmal der Gewerblichkeit liegt hier in der Regel darin, daß

³⁰ Buser S. 216 a, Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 287 f.

³¹ «10 Jahre Schweizer Rundspruch», S. 45 ff.

³² Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 287 f., «10 Jahre Schweizer Rundspruch» S. 47 ff.

der Verwertende von den Hörern, die er mit Rundfunksendungen beliefert, ein Entgelt fordert. Auch hier ist darauf hinzuweisen, daß selbst dann, wenn der Staat durch seine Organe (z. B. die Telefonverwaltung) als Verwertender auftritt, eine gewerbliche Verwertung vorliegt³³.

3. radio-elektrisch: Der Verwertende, in der Regel eine Rundfunksendegesellschaft, sendet die empfangenen Radiowellen erneut auf radioelektrischem Wege aus und betreibt damit das sogenannte Ballsenden, das rebroadcasting³⁴. Es liegen hier also zwei gleichartige technische Vorgänge vor, die durch die Tätigkeit des Verwertenden hinter- oder aneinandergesekoppelt werden³⁵. Dieselben modulierten Wellen, die die Sendeantenne der ersten Rundspruchgesellschaft verlassen, erreichen gleichzeitig das Publikum des Verwertenden, nur daß ihnen der Verwertende eine andere Trägerwelle, eine neue Frequenz gibt: das Sendegut erhält gewissermaßen ein anderes Transportmittel. Dabei sind die vom Verwertenden ausgesandten modulierten Wellen mit den ursprünglichen völlig identisch. Wesentlich bei diesem Vorgang ist einzig der Frequenzwechsel, und diese Tatsache scheint uns bei den Auseinandersetzungen über die Rechtsnatur des rebroadcasting nicht genügend beachtet worden zu sein. Es ist unerheblich, ob der Verwertende die elektrischen Modulationswellen direkt seinem Sender zuführe, oder ob dies erst nach erfolgter Umwandlung in Schallwellen und anschließender Transformation erfolge.

Rebroadcasting wird namentlich im Dienste einer möglichst raschen und authentischen Information³⁶ von zahlreichen Sendern durchgeführt und ermöglicht einen einfachen und relativ billigen Sendebetrieb. Die Rundfunkgesellschaften lassen hier in offenkundiger Weise andere für sich arbeiten und ziehen Gewinn daraus, indem sich ihnen eigene Berichterstattung, aktuelle Sendungen etc. erübrigen.

³³ Vgl. 1, oben.

³⁴ Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 285, Buser S. 216 a, Giesecke i. ArchFR 1930, S. 3, Hagensis i. ArchFR 1930, S. 240, Bollecker S. 132.

³⁵ Neugebauer i. ArchFR, 1928, S. 295 f.

³⁶ In der Form der sogenannten Dokumentarberichte. Vgl. «10 Jahre Schweizer Rundspruch», S. 27.

Durch das rebroadcasting, das eine eigentliche, vollständige Rundfunksendung darstellt, erfolgt eine neue öffentliche Aufführung im Sinne unserer Umschreibung, und es wird eine neue Rundfunköffentlichkeit angesprochen. Aber weder Aufführung noch Öffentlichkeit sind mit den ursprünglichen, primären, identisch. Denn der Frequenzwechsel, als das entscheidende technische Merkmal, greift in den für die Rundfunksendung wesensnotwendigen ungestörten, unmittelbaren Ablauf der Aufführung ein und schafft zu den Zuhörern des rebroadcasters eine Beziehung, die diejenige zum ursprünglichen Sender nicht ersetzen kann und keineswegs mit ihr identisch ist. Dies gilt besonders im internationalen Verkehr, wenn eine Radiostation Sendungen aus dem Ausland mit leistungsfähigen Empfangsapparaten aufnimmt und sie ihren Zuhörern, die jene ursprüngliche Sendung mit ihren Empfängern nicht hätten wahrnehmen können, zuführt.

Der durch rebroadcasting Verwertende ist gewissermaßen dem Herausgeber einer Zeitung vergleichbar, der eine andere Zeitung identisch kopiert und als die seine veröffentlicht.

4. m e c h a n i s c h : Durch körperliches Festhalten der Sendung und den Verkauf der so gewonnenen Schallträger oder durch deren Aufführung gegen Entgelt ist eine weitere Möglichkeit der gewerblichen Verwertung der Rundfunksendung gegeben³⁷. Die Radiowellen werden in einer der Rundfunksendung völlig wesensfremden Art in mechanische, den durch den Empfang gewonnenen Schallwellen konforme, Gestalt und in eine körperliche Dauerform gebracht. Der Inhalt der Sendung wird fixiert und kann jederzeit, unabhängig vom Sender, auch außerhalb seines Wirkungsbereiches, beliebig oft wahrgenommen werden. Er gelangt dadurch in den geistigen (und materiellen) Besitz einer Öffentlichkeit, die durch die Sendung selbst gar nicht hätte erreicht werden können. Diese vollständige örtliche und zeitliche Unabhängigkeit von der Sendung als einer einmaligen Erscheinung und die Tatsache, daß

³⁷ Buser S. 217 a, Giesecke i. ArchFR 1930, S. 3, Neugebauer, Funkrecht, S. 160, Dawid S. 49, de Leusse S. 55, Reiniger S. 38, Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 289 ff.

zwischen Kundgabe und Wahrnehmung nicht mehr ein bloß radio-elektrischer Vorgang liegt, zeigt die Zweckentfremdung, die zwischen der Sendung und der Verwertung liegt, mit aller Deutlichkeit³⁸.

Die heute im Handel erhältlichen Apparate zur Herstellung von Schallträgern und zur Fixierung von akustischen Erscheinungen, vor allem die Draht- und Bandaufnahmegeräte (sog. Recorders), schaffen die Möglichkeit einer einfachen und raschen Fixierung von Rundfunksendungen, so daß den dadurch gegebenen Verwertungsmöglichkeiten alle Aufmerksamkeit zu schenken sein wird.

Selbstverständlich sind unter den soeben aufgezeichneten direkten Verwertungsarten zahlreiche Kombinationen denkbar. Auch können sich aus der ersten Verwertung der ursprünglichen Sendung weitere Verwertungsmöglichkeiten ergeben, z. B. Fixierung der durch Lautsprecher, rebroadcasting oder Drahtfunk vermittelten Sendung usw. Jedoch wird dadurch an der Tatsache der Verwertung nichts geändert.

II. Die indirekte gewerbliche Verwertung

Indirekt ist jede Verwertung, die aus dem auf radioelektrischem Wege übermittelten Sendegut dem Inhalt oder der Darstellungsform nach materiellen Gewinn zieht³⁹, die also die Substanz zur Ware macht. „Die Benutzung geschieht hier so, daß der Inhalt der Sendung, also nicht das, wie die Sendegesellschaft es wiedergegeben hat, sondern was sie dargeboten hat, von Dritten unmittelbar zu gewerblichen Zwecken verwendet wird“⁴⁰.

In der Praxis wurde und wird diese Art der Verwertung hauptsächlich von der Presse verwendet, die sich aus Rund-

³⁸ Zweck der Sendung ist die Ermöglichung einer einmaligen, unmittelbaren, gleichzeitigen Wahrnehmung in unkörperlicher Form; Zweck der Verwertung dagegen ist eine Wiederholung der Wahrnehmung in körperlicher Form, beliebig oft und vom eigentlichen Sendevorgang unabhängig. Vgl. Dawid S. 61.

³⁹ Buser S. 217 a, Bollecker S. 132, Giesecke i. ArchFR 1930, S. 3 f.

⁴⁰ Hoffmann i. ArchFR 1929, S. 291 f.

funknachrichten Mitteilungen aus aller Welt beschafft und so auf die Errichtung eines eigenen Nachrichtendienstes oder auf die finanziell schwerwiegendere Teilnahme an einer Nachrichtenagentur verzichten kann. Es ist auch denkbar, daß Sendungen von literarischem oder musikalischem Inhalt auf diese Weise festgehalten und in der Form von körperlichen Wiedergabeexemplaren zu gewerblichen Zwecken verwendet werden⁴¹. Das Sendegut, das in seiner radio-elektrischen Uebermittlungsform dem Gehör vermittelt werden soll, wird dadurch in körperlicher Form verbreitet. Es ist uns auch ein Fall indirekter Verwertung von Sendungen bekannt, in dem Orchestermusiker Musikstücke, deren Notenmaterial sie in der Schweiz nicht beschaffen konnten, von Rundfunksendungen völlig unverändert übernahmen und ihrem Repertoire einverleibten. Auch in diesem Falle lag indirekte gewerbliche Verwertung vor, ganz abgesehen davon, daß dieses Vorgehen auch Urheberrechtsverletzungen in sich barg.

Allen Arten der indirekten Verwertung von Rundfunksendungen ist ein entscheidender Wechsel in der Form der Kundgabe eigen, der mit dem Wesen der Rundfunksendung unvereinbar ist.

§ 14. Die durch die gewerbliche Verwertung der Sendung entstehenden Interessen- und Rechtskonflikte

I. Die gewerbliche Verwertung als konzessionswidrige Handlung

Wir haben oben⁴² dargelegt, daß die Rundfunksendung als radio-elektrische Verkehrsform unter die staatliche Funkhoheit fällt, und daß der Empfang einer Sendung nur auf Grund einer besonderen Ermächtigung erfolgen darf. Dem Inhaber der

⁴¹ Wenn z. B. jemand eine Sendung mitschreibt oder stenographiert und den erhaltenen Text gewerblich verwertet.

⁴² § 3, S. 11 ff. und § 7, S. 29 ff.

Funkhoheit steht es frei, diese Ermächtigung nach seinem Belieben auszugestalten. So kann er mit ihr allgemein verbindliche Bedingungen verbinden, die den Empfang und namentlich die damit zusammenhängende Verwertung der Sendung beschränken bzw. verbieten. Nach dem Inhalt der Empfangskonzession ist deshalb zu beurteilen, ob die gewerbliche Verwertung der Sendung gestattet ist, oder ob sie eine unerlaubte Handlung darstellt. Die Konzessionsbestimmungen können jedoch nur Gültigkeit haben für den Rundfunkempfang in seiner Funktion als Bestandteil des Funkverkehrs; die durch die gewerbliche Verwertung der Sendung entstehenden Beziehungen zu den Ausführenden des Sendebetriebs⁴³ und zu den Autoren des Sendegutes werden durch die Konzessionserteilung, diesen hoheitlichen Rechtsakt, nicht geregelt werden. Diese bleiben der privatrechtlichen Regelung vorbehalten.

Die gewöhnliche und am meisten verbreitete Rundspruch-Empfangskonzession der Klasse I berechtigt den Konzessionär nicht, die Sendung irgendwie gewerblich zu verwerten⁴⁵, denn durch sie wird nur „der Genuß der öffentlichen Radiodarbietungen und des darin verkörperten Arbeitsaufwandes des Radiosendedienstes“⁴⁶ für den Konzessionär selbst und den zu seiner Wohnungsgemeinschaft gehörenden Personenkreis verliehen. Jede gewerbliche Verwertung der Rundfunksendung ist deshalb als ein Verstoß gegen die Konzessionsvorschriften zu betrachten und wird nach Maßgabe von TVG Art. 42, Abs. 1, lit. b bestraft⁴⁷.

Dagegen berechtigen die Konzessionen der Klassen II und IIa den Konzessionär zur vollständigen bzw. teilweisen gewerblichen Verwertung der Rundfunksendungen. Eine im Rahmen von VVO I Art. 82 und 84 erfolgende Verwertungshandlung ist demnach nicht konzessionswidrig⁴⁸.

⁴³ § 14, III, S. 63.

⁴⁴ § 14, II, S. 60 ff.

⁴⁵ Vgl. die Ausführungsbestimmungen No. 302, lit. c—f, zu VVO I Art. 61, Abs. 3.

⁴⁶ Buser S. 217 a f.

⁴⁷ Buser S. 132 a.

⁴⁸ Buser S. 217 a.

Es ist also festzuhalten, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung nach schweizerischem Recht grundsätzlich verboten ist, daß sie jedoch von der Konzessionsbehörde gestattet werden kann. Der Inhaber der Funkhoheit hat also eine eindeutige Stellungnahme nicht getroffen, vielmehr hängt es von seinem Willen und von seiner ausschließlichen Entscheidung ab, ob im Einzelfalle die gewerbliche Verwertung der Sendung zur erlaubten oder zur unerlaubten Handlung gemacht wird.

Der internationale Radiotelegraphenvertrag von Washington verpflichtet seine Mitgliedstaaten, die unbefugte Verwertung zu unterdrücken⁴⁹. Das könnte an und für sich bedeuten, daß die Sendungen auf internationalem Gebiet geschützt sind, doch ist auch hier die Rechtslage unklar, weil es den einzelnen Staaten überlassen bleibt, welche Verwertungsart sie als erlaubt und welche als unerlaubt bezeichnen wollen.

II. Die gewerbliche Verwertung als Urheberrechtsverletzung

Wir haben früher⁵⁰ gesehen, daß sich das Sendegut, das zur Aussendung gelangt und daher der Verwertung ausgesetzt ist, zusammensetzt aus Teilen, die von einem Urheber geschaffen wurden und deshalb einen besonderen rechtlichen Schutz genießen, und aus Teilen, an denen solche Rechte bestehen. Es ist klar, daß derjenige, der diese erstgenannten Teile, also Werke im urheberrechtlichen Sinne, verwertet, mit den absoluten Werknutzungsrechten ihrer Urheber in Konflikt geraten muß.

Jeder Rundfunksendung von urheberrechtlich geschützten Werken liegt eine Ermächtigung seitens des Urhebers zugrunde, durch die er sein ausschließliches Recht, sein Werk durch Rundfunk zu senden, an die Sendegesellschaft übertragen hat⁵¹. Der Urheber erteilt damit seine Genehmigung, daß sein Werk durch das Mittel der Sendung seinem Inhalte nach der Rundfunköffentlichkeit bekanntgegeben werde. Inhalt dieser

⁴⁹ Buser S. 218 a.

⁵⁰ § 4, S. 15 ff.

⁵¹ Iklé S. 78, Balas i. ArchFR 1930, S. 462.

Ermächtigung ist also außer anderem⁵² die Kundgabe an die Oeffentlichkeit, jedoch nicht an eine beliebige, sondern an eine durch das Wesen der Sendung qualitativ begrenzte⁵³. Die Sendeerlaubnis wird einer bestimmten, genau bezeichneten Person oder Organisation verliehen, und sie hat nur Gültigkeit für die einmalige Kundgabe, die sich im genau abgrenzbaren Vorgang der Radiosendung erschöpft. Muß deshalb unter diesen Gesichtspunkten jede gewerbliche Verwertung der Sendung als Urheberrechtsverletzung betrachtet werden?

Für drei Arten der direkten Verwertung ist zunächst gemeinsam festzuhalten, daß durch die Verwertungshandlung eine neue Aufführung, das heißt akustische Wiedergabe, erfolgt: sowohl durch Lautsprecher als auch durch rebroadcasting und Drahtfunk wird das Werk in einer durch das menschliche Gehör wahrnehmbaren Form dargebracht. Diese Aufführung bildet aber nur dann eine urheberrechtliche relevante Rechtsverletzung, wenn sie vor einem öffentlichen Zuhörerkreis erfolgt, der in der primären Rundfunköffentlichkeit nicht mit enthalten ist. Nun wird aber durch die Verwertungshandlung die „primäre, vertragsmäßige Oeffentlichkeit, für die allein die Genehmigung einerseits und die Entschädigung andererseits geleistet worden ist, überschritten“⁵⁴. Die durch die Verwertungshandlungen neu und zusätzlich erreichte Oeffentlichkeit gehört schon deshalb nicht zur ursprünglichen, weil sie bei der Verwertung durch Lautsprecher und durch Drahtfunk das Sendegut gar nicht auf radio-elektrischem Weg erhält, und weil die Radiowellen, mit denen sie bei der Verwertung durch rebroadcasting angesprochen wird, nicht mit den primären identisch sind⁵⁵. Der Urheber hat mit seiner Sendeerlaubnis nur die Bewilligung „für die Wiedergabe des Werkes vor der durch Ver-

⁵² Außerdem wird der zwischen Autor und Sendegesellschaft abgeschlossene Vertrag auch noch Bestimmungen enthalten, die die zu internen Zwecken vorzunehmenden Fixierungen der Werke auf Schallträger und allfällige émissions différees (vgl. dazu Straschnov S. 39 ff. de Reding S. 38 ff.) betreffen.

⁵³ Vgl. Iklé S. 78.

⁵⁴ Iklé a. a. O.

⁵⁵ Vgl. S. 52 ff.

trag und Umstände genau festgelegten Oeffentlichkeit“⁵⁶ erteilt.

Wir schließen uns daher der Ansicht von Iklé⁵⁷ und verschiedenen anderen Autoren⁵⁸ an, wenn wir alle Verwertungshandlungen, durch die ein Werk, das ursprünglich durch Rundfunksendung aufgeführt wurde, zu einer neuen Aufführung gelangt, als Urheberrechtsverletzung bezeichnen.

Die mechanische Verwertung der Sendung durch Fixierung des Sendegutes auf Schallträger verletzt ebenfalls ein ausschließliches Werknutzungsrecht des Urhebers. Er hat nach URG Art. 13, Abs. 1 Ziff. 3 (Art. 13, Abs. 1 der Berner Ueberinkunft) das ausschließliche Recht, „das Werk auf Instrumente zu übertragen, die dazu dienen, es mechanisch vorzutragen oder aufzuführen“. Dieses Recht hat er aber dem Verwertenden nicht verliehen⁵⁹, und auch die Tatsache, daß das Werk durch die Rundfunksendung in die Oeffentlichkeit getragen wurde, berechtigt nicht dazu, es auf Schallträger zu fixieren.

Auch die öffentliche Aufführung von solchermaßen hergestellten Schallträgern ist eine Urheberrechtsverletzung, und der Verwertende kann sich auch nicht auf URG Art. 21 berufen, da nach dem Gesetzestext nur solche Aufführungen mittels mechanischer Instrumente „ohne weiteres“ stattfinden dürfen, bei denen rechtmäßig hergestellte Schallträger verwendet werden.

Schließlich ist festzuhalten, daß auch die indirekte gewerbliche Verwertung der Rundfunksendung eine Urheberrechtsverletzung darstellt, wenn urheberrechtlich geschütztes Sendegut verwertet wird. Diese Verwertung verstößt gegen das Recht des Urhebers auf Wiedergabe, Verkauf, Inverkehrbringen und Feilhalten seines Werkes (URG Art. 12, Ziff. 1 und 2).

In diesem Zusammenhange sei noch kurz darauf hingewiesen, daß durch die gewerbliche Verwertung der Rundfunk-

⁵⁶ Iklé S. 78.

⁵⁷ Iklé S. 78 ff.

⁵⁸ Saudemont S. 141, Neugebauer, Funkrecht, S. 150, D. A. 1946, S. 68 f.

⁵⁹ de Leusse S. 55, Dawid S. 49, Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 289 ff.

sendungen auch mitunter die Rechte der ausübenden Künstler verletzt werden. Ihre in körperlicher Form (Schallplatten) festgehaltenen Interpretationen gelten gemäß URG Art. 4, Abs. 2 als Werke zweiter Hand⁶⁰ und genießen den gleichen Rechtsschutz wie Originalwerke. Jede gewerbliche Verwertung von Rundfunksendungen, durch welche solche Schallträger zur Aufführung gelangen, ist daher als Urheberrechtsverletzung zu betrachten, und es gelten für sie die oben gemachten Darlegungen. Das Bundesgericht stellt überdies die Vermutung auf, daß das Urheberrecht des Interpreten dem Schallplattenfabrikanten übertragen worden sei (BGE 62 II S. 245 ff.), weshalb bei der urheberrechtlichen Beurteilung der gewerblichen Verwertung auch diese Rechte der Schallplattenhersteller zu beachten sind.

Wir haben also erkannt, daß die gewerbliche Verwertung von Rundfunksendungen, die urheberrechtlich geschütztes Sendegut übermitteln, Verletzungen der ausschließlichen Werknutzungsrechte der Urheber darstellen.

Es herrscht Einigkeit darüber, daß die Verwertung von nicht geschütztem Gut urheberrechtlich irrelevant und deshalb, unter diesem Gesichtspunkte zumindest, erlaubt sei⁶¹. Auch hier muß also, wie unter öffentlich-rechtlichen Aspekten, unterschieden werden zwischen erlaubter und unerlaubter gewerblicher Verwertung der Sendung. Das Unterscheidungsmerkmal liegt in der Werk-Qualität des übermittelten Sendegutes. Der Verwertende muß sich also darüber orientieren, ob das Sendegut geschützt sei oder nicht, um zu wissen, ob seine Verwertungshandlung erlaubt oder unerlaubt sei.

III. Die gewerbliche Verwertung als Ausbeutung der Arbeitsleistung der Sendegesellschaft

Abgesehen davon, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung eine Konzessions- oder eine Urheberrechtsverletzung sein kann, werden, wenn wir die Sendung nun nicht nur als

⁶⁰ Streuli S. 15, Anm. 16.

⁶¹ Ratzowski S. 52 f., Mann S. 40, Blau S. 91.

Teil des Funkverkehrs oder als Träger von Werken der Literatur und Tonkunst, sondern als Arbeitsleistung der Sendegesellschaften betrachten, auch noch andere Interessen tangiert: die Verwertung der Sendung macht sich stets, auch wenn sie nach Maßgabe des öffentlichen oder des Urheberrechts als erlaubt bezeichnet werden muß, die Arbeitsleistung der Sendegesellschaften zunutze, ohne die ja eine Verwertung gar nicht ermöglicht würde. Diese Arbeitsleistung ist unerläßliche Voraussetzung für Empfang und Verwertung; ohne sie sind Konfliktmöglichkeiten gar nicht gegeben.

Durch die gewerbliche Verwertung erwachsen dem Verwertenden Vorteile und materielle Gewinne, die er sich zur Hauptsache nicht selbst erschaffen kann, denn er erzeugt ja nichts Neues, leistet nichts Eigenes, sondern zieht aus dem Erzeugnis der Arbeit eines anderen Gewinn⁶².

Ein solches Verhalten widerspricht offenkundig den Grundsätzen des anständigen Geschäftsverkehrs⁶³. Es ist aber auch dazu angetan, den Sendegesellschaften unter Umständen direkt oder indirekt materiellen Schaden zuzufügen. Die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes gegen diese Ausbeutung ist unbestritten, sie entspricht praktischen und allgemein ethischen Bedürfnissen⁶⁴. In den nächsten Kapiteln sollen nun die rechtlichen Grundlagen und deren Ausgestaltung dargelegt werden.

⁶² Hoffmann i. ArchFR 1930, S. 537 ff., Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1, Dawid S. 61, Bürgin S. 162, Ostertag i. D. A. 1939, S. 67.

⁶³ Blau S. 91.

⁶⁴ Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1.

4. Kapitel

Der Schutz der Sendung vor gewerblicher Verwertung

1. Abschnitt:

Vorbemerkungen

§ 15. Ausgangslage und Problemstellung

I. Heutiger Rechtszustand

Die Untersuchungen der vorangegangenen Abschnitte haben gezeigt, daß die Rundfunksendung zwar in ihrer Funktion als Bestandteil des Radiowesens und als neu geschaffene Ausführungsart von urheberrechtlich geschützten Werken von der Rechtsordnung erfaßt wird, daß sie sowohl nach öffentlichem¹ als auch nach privatem Recht² zu ganz bestimmten Zwecken und in einem engen, fest umrissenen Ausmaße verwertet werden darf, daß sie aber als selbständige, unabhängige Einheit, als Ganzheit aus Sendegut und Uebermittlung, d. h. als Arbeitsergebnis der Sendegesellschaften, nicht in ausreichendem Maße gegen die gewerbliche Verwertung gesichert ist.

Jeder Radiohörer darf die Sendungen zu gewerblichen Zwecken verwerten, sofern dadurch keine Urheberrechte verletzt werden, wenn der Inhaber der Funkhoheit die gewerbliche Verwertung nicht ausdrücklich verbietet, und der schweizerische Radiohörer darf, wenn er Konzessionär der Klasse II oder IIa³ ist, die Sendung sogar ohne Rücksicht auf die urheberrechtliche Natur des Sendegutes gewerblich verwerten. Die

¹ Nach Maßgabe der jeweiligen Bestimmungen der Empfangskonzession. Vgl. § 8, S. 32 ff.

² Vgl. § 8, S. 32 ff. und § 14, S. 58 ff.

³ S. 35/36.

Entscheidung darüber, ob die gewerbliche Verwertung der Sendung erlaubt ist, liegt also stets bei Personen oder Stellen, die zwar am Zustandekommen der Sendung direkt oder indirekt beteiligt sind, aber nie bei der Sendegesellschaft selbst, deren ganze Tätigkeit das Aussenden und den Empfang ermöglicht.

Damit sind jedoch die Sendegesellschaften der ganzen Welt nicht einverstanden⁴. Sie verlangen einen Schutz, der nicht die Uebermittlung als solche oder den übermittelten Inhalt zum Gegenstand hat, der unabhängig ist von den Grundsätzen der auf den Empfang sich beziehenden staatlichen Funkhoheit und den ausschließlichen Verwertungsbefugnissen der Urheber, der diese zwar nicht ausschließen, aber sich neben oder über sie stellen würde⁵. Der von ihnen angestrebte Rechtsschutz müßte der Sendung als ihrer Leistung, ihrem Arbeitsergebnis gelten, gleichgültig, ob dessen Verwertung nach anderen Gesichtspunkten als erlaubt zu betrachten ist; er müßte sie dagegen schützen, daß die Sendungen zu gewerblichen Zwecken ausgebeutet werden, indem sie ein ausschließliches Recht an ihren Sendungen erhalten würden.

Die nächsten Abschnitte werden zeigen, ob der von den Sendegesellschaften angestrebte Rechtsschutz bereits *de lege lata* besteht, oder ob er *de lege ferenda* neu zu schaffen ist.

II. Schutzbedürfnis und Interessenabwägung

Welches sind die Gründe, die die Rundfunkgesellschaften zur Bestärkung ihrer Forderung nach Schutz der Sendung geltend machen können, und stehen dieser Forderung berechnigte und schützenswerte Interessen anderer Kreise entgegen?

1. Durch die gewerbliche Verwertung wird dem Aussendenden die Möglichkeit genommen, den Ertrag seiner Leistung

⁴ Vgl. hierzu die Resolutionen der «Union Internationale de Radiodiffusion» vom 11. Mai 1927, zit. i. ArchFR 1930, S. 4, und der «Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle» vom Mai 1928, zit. a. a. O., S. 5; de Reding S. 81 ff., Buser S. 216 a.

⁵ Das Verhältnis des Rechtsschutzes der Rundfunksendung zum öffentlich-rechtlichen Schutz des Radioverkehrs und zum privatrechtlichen Schutz des Urhebers wird später behandelt werden. Vgl. dazu § 24, S. 111 ff. und § 26, S. 127 ff.

selbst zu erlangen⁶. Ein anderer schlägt Gewinn aus dem, was sich der Sender selbst erarbeitet hat. Die Verwertung eines fremden Arbeitsergebnisses stellt aber, wenn sie ohne direkte oder indirekte Gegenleistung erfolgt, einen Eingriff in eine fremde Interessensphäre dar⁷. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der nach öffentlichem Recht zur Verwertung Berechtigte eine Spezialgebühr zu entrichten habe, die als Entgelt für die Verwertung zu betrachten sei⁸, denn einerseits liegt es in der Natur der radio-elektrischen Uebermittlungsart, daß die Verwertungsmöglichkeit auch dort besteht, wo der Rundfunkempfang schlechthin gebührenfrei erfolgen kann, und andererseits wird ja das Entgelt nicht derjenigen Sendegesellschaft geschuldet, deren Sendung verwertet wurde, sondern dem Inhaber der Funkhoheit, der es seiner nationalen Sendegesellschaft überweist. Das Entgelt ist also in zahlreichen Fällen gar nicht Gegenleistung für die empfangene und verwertete Sendung⁹, und in seiner rechtlichen Natur stellt es sich als öffentlich-rechtliche, in der staatlichen Funkhoheit begründete, nicht als privatrechtliche Leistung, dar. Eine allfällige Gegenleistung für die Verwertung der Sendung könnte, da zwischen der Sendegesellschaft und dem Rundfunkhörer ein Vertragsverhältnis nicht besteht, nur außerkontraktlicher Natur sein¹⁰.

Der allgemeine Grundsatz, daß die Ausbeutung eines fremden Arbeitsergebnisses ohne Gegenleistung unzulässig ist, genügt an und für sich aber noch nicht für einen wirksamen Schutz der Sendung, sondern er gewinnt erst in einer durch den Gesetzgeber präzierten Form Bedeutung. Dies wird im nächsten Abschnitt zu behandeln sein.

2. Durch die gewerbliche Verwertung der Sendung können aber der Sendegesellschaft auch finanzielle Schäden erwachsen. So ist es durchaus denkbar, daß die ausübenden Rundfunkkünstler größere finanzielle Ansprüche stellen, wenn sie da-

⁶ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 162.

⁷ Bürgin a. a. O., Hoffmann i. ArchFR 1932, S. 290.

⁸ Vor allem das Entgelt nach Art. 85, Abs. 3 der VVO I zum TVG. Vgl. § 9, III, S. 39 f.

⁹ Vgl. dazu unsere Ausführungen in § 9, III, S. 39 f.

¹⁰ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 160, Elster i. ArchFR 1930, S. 335 f., List, a. a. O., S. 350, Blau S. 91.

mit rechnen müssen, daß die Sendung und damit auch ihre eigene Leistung verwertet wird¹¹; das gleiche ist vom Autor des Sendegutes zu sagen. Was die Verwertung der Sendung durch mechanische Verwertung mittels Schallträgern betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß die Interpreten häufig mit Schallplattenfabrikanten Verträge abgeschlossen haben, wonach sie sich verpflichten, ihre Darbietungen ausschließlich für jenen Fabrikanten aufnehmen zu lassen; auch daraus lassen sich ihre allfälligen zusätzlichen Forderungen an die Sendegesellschaften erklären, wenn nämlich die Verträge für den Fall der Vertragsverletzung — und als solche, wenn auch unbeabsichtigte und ohne Willen oder ohne Wissen der Interpreten stattfindende, muß die gewerbliche Verwertung durch Schallträger bezeichnet werden — eine Konventionalstrafe vorzusehen¹². Daraus ergibt sich, daß durch die Möglichkeit einer gewerblichen Verwertung der Sendung den Sendegesellschaften materieller Schaden erwachsen kann¹³.

3. Den Interessen der Aussendenden auf Schutz der Sendung stehen aber die Interessen der Hörer, also der qualitativ begrenzten Oeffentlichkeit¹⁴, und der Allgemeinheit gegenüber, und die Rechtsordnung kann einen Schutz der Sendung nur dann gewähren, wenn diese Interessen nicht aus zwingenden Gründen als überwiegend betrachtet werden müssen.

Das Interesse der Hörer gilt der auf radio-elektrischem Wege erfolgenden Uebermittlung von Sendegut zum Zwecke der Unterhaltung, Erbauung und Belehrung; es deckt sich mit dem Zweck des Sendebetriebs. Daher ist nicht einzusehen, „weshalb der Hörer das Recht haben soll, diese Sendungen zu gewerblichen Zwecken verwenden zu dürfen“¹⁵. Die Sendung wendet sich an diejenige Oeffentlichkeit, die zum Sender in einer direkten technischen Beziehung steht. Es kann deshalb nicht geltend gemacht werden, daß der Verwertende durch

¹¹ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 162, Magnus i. ArchFR, Sonderheft 5, 1933, S. 30.

¹² du Pasquier i. SJZ 33, S. 324 f.

¹³ Vgl. Ostertag i. D. A. 1939, S. 67.

¹⁴ Iklé, S. 78.

¹⁵ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 163.

seine Handlungen einen Personenkreis in den Genuß der Sendungen bringt, der vom Sender selbst aus technischen Gründen nicht erreicht werden kann, daß er also durchaus im Sinne der Sendegesellschaft handle, indem er das Sendegut einem größtmöglichen Publikum zuführe; denn dieser Personenkreis gehört eben nicht zur Rundfunköffentlichkeit, nicht zu denjenigen Personen, die vom Sender direkt angesprochen werden sollen. Ein analoger Tatbestand liegt vor, wenn eine Zeitung gewerblich verwertet, ihr Inhalt von einer anderen Publikation in völlig identischer Form einem neuen Leserkreis zugeführt wird: auch hier kann sich der Verwertende nicht darauf berufen, daß er durch seine Handlungen die Öffentlichkeit, d. h. Leserschaft und Abonnenten, der ersten Zeitung erweitere. Die Wirkung der Verwertung mag zwar dieselbe sein wie diejenige der ursprünglichen Handlung, aber sie wurde durch einen anderen, neuen Vorgang begründet.

Gleichermaßen können auch die Interessen der weitesten Allgemeinheit nicht über diejenigen der Sendegesellschaften überwiegen, denn die nicht vom Sender unmittelbar Angesprochenen haben ihren Anspruch auf Teilnahme an den Rundfunksendungen durch den Erwerb einer Empfangskonzession und nicht durch Nutznießung an einer Ausbeutungshandlung zu befriedigen. Die Forderung nach größtmöglicher Verbreitung der Rundfunksendungen, d. h. nach Erhöhung der Hörerzahl, findet ihr Gegengewicht und ihre Grenze in der Forderung nach Schutz der Sendung vor gewerblicher Verwertung.

Wir sind daher mit Bürgin¹⁶ der Ansicht, daß die Interessen der Sendegesellschaften überwiegen und durchaus schutzbedürftig sind¹⁷. Diese Auffassung entspricht auch dem allgemeinen Empfinden von Recht und Billigkeit. Die Notwendigkeit eines solchen Rechtsschutzes wird denn auch nirgends bestritten. Sie liegt nicht nur begründet in der durch die Aussendung selbst geschaffenen Möglichkeit einer gewerblichen Verwertung, sondern vor allem darin, daß solche Verwertungen tatsächlich

¹⁶ a. a. O.

¹⁷ Vgl. Hille i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 87/8.

bereits in beträchtlichem Umfange stattfinden¹⁸, und daß die technische Entwicklung der Verwertung in zunehmendem Maße Vorschub leistet¹⁹.

2. Abschnitt:

Der Rechtsschutz de lege lata

§ 16. Die Sendung in sachenrechtlicher Betrachtung

Die Rundfunksendung ist in ihrer physikalischen Erscheinungsform speziell geartete elektrische Energie¹. Im Sinne von Art. 713 ZGB muß sie deshalb als Sache angesehen werden, wenn feststeht, daß die radio-elektrische Energie vom gesetzlichen Begriff „Naturkräfte“ erfaßt wird². Dann würde den Sendegesellschaften ein absolutes dingliches Recht zukommen, das „dem Berechtigten die Herrschaft über einen als Sache ausgeschiedenen Bestandteil der äußeren Güterwelt allen anderen Personen gegenüber“³ verschafft.

Der gesetzliche Sachbegriff wird also auch auf unkörperliche Sachen ausgedehnt, die den beweglichen Sachen zuzuzählen sind. Als solche sind „vor allem die elektrische Energie und die Radioaktivität aufzufassen“⁴. Nun ist aber die elektrische Energie als solche der tatsächlichen Beherrschbarkeit entzogen; sie ist „dem Besitz, dem Eigentum und allen dinglichen Rechten unzugänglich“⁵, und nur dann, wenn sie sich in körperlichen Sachen, in Trägern oder Leitern, befindet, kann sie

¹⁸ Besonders die Verwertung durch Lautsprecherwiedergabe in Hotels, Restaurants, Warenhäusern ent., aber auch das rebroadcasting.

¹⁹ So wird die Verwertung der Sendung durch Fixierung auf Schallträger durch die Drahtaufnahmegeräte, die vor kurzem in großem Umfange und zu relativ bescheidenen Preisen auf den Markt gebracht wurden, zweifellos gefördert werden.

¹ Buser S. 30 a.

² Tuor S. 495.

³ Gierke, PR I, S. 260.

⁴ Tuor a. a. O. Statt Radioaktivität wird besser der Ausdruck «Radioelektrizität» verwendet, da «Radioaktivität» eine bestimmte chemisch-elektrische Beschaffenheit eines festen Stoffes, einer Flüssigkeit oder eines Gases bezeichnet.

⁵ Leemann, N. 9 zu ZGB Art. 713, S. 318.

von menschlichen Herrschaftshandlungen erfaßt werden. Ihre Wahrnehmung ist eine mittelbare und indirekte⁶.

Die Unterstellung der Elektrizität unter den gesetzlichen Sachbegriff ist indessen nicht unwidersprochen geblieben⁷. Wir können hier auf diese Auseinandersetzungen, was die eigentliche elektrische Energie betrifft, nicht näher eintreten, möchten aber immerhin bemerken, daß die Sendegesellschaft die Energie, die sie ausstrahlt, gar nicht herstellt, sondern bereits bestehende, ihr vom Elektrizitätswerk gelieferte, für die Aussendung zubereitet. Ein Eigentums- oder Besitzesrecht würde unseres Erachtens gar nicht der Sendegesellschaft zustehen, sondern höchstens dem tatsächlichen Hersteller. Denn sonst müßte ja auch jeder Umformer- und Gleichrichterstation, die die elektrische Energie zu bestimmten Zwecken verändert, ein Recht am Strom zuerkannt werden.

Aber auch wenn man mit dem Bundesgesetzgeber die Ansicht vertreten sollte, daß die elektrische Energie vom Sachenrecht erfaßt wird, darf man diese Erkenntnis nicht schlechthin auch auf die Radio-Elektrizität anwenden. Insbesondere darf man nicht aus dem Umstand, daß auch die Radiowellen ihrer physikalischen Natur nach elektrische Energie sind, voreilige rechtliche Schlüsse ziehen. Denn während der Strom, der an körperliche Leiter gebunden ist, der menschlichen Beeinflussung unterliegen kann, sind die Radiowellen, wie wir oben⁸ gesehen haben, keiner Herrschaft mehr unterworfen. Sie sind an sich nicht Sache, sondern Kraft, Schwingungen, und sie bewegen sich auch nicht in körperlichen Leitern, sondern im Aether, diesem unkörperlichen, physikalisch schwer faßbaren Medium, das als herrenlose Sache *res communis omnium*⁹ und daher rechtsunfähig ist, der privatrechtlichen Beherrschung entzogen¹⁰. Die Radiowellen können nach ihrer Aussendung von niemandem in Besitz oder Eigentum genommen, verbraucht oder auch nur abgenutzt werden. Sie gehen praktisch im gleichen

⁶ Leemann a. a. O.

⁷ Vgl. Buser S. 29 a und die dort erwähnte Literatur.

⁸ S. 10.

⁹ Gierke, PR II, S. 37 f.

¹⁰ Buser S. 31 a und 12 a ff.

Moment unter, in dem sie entstehen, aber nicht durch Konsumation, sondern wegen ihrer physikalischen Beschaffenheit, denn sonst wäre ja ein gleichzeitiges Empfangen und Wahrnehmen durch die Oeffentlichkeit, mitunter durch Hunderttausende, gar nicht möglich.

Bollecker¹¹ vergleicht das Aussenden von Radiowellen mit dem Singen oder Sprechen: der Sänger oder Redner produziere ebenfalls Wellen, akustische Schwingungen, die er in die Luft ausstrahle. Aber er besitze kein Eigentumsrecht an diesen Wellen. Wer sie gewerblich verwerte, der verletze dadurch kein Eigentumsrecht. Dieser Vergleich scheint uns zutreffend zu sein. Er ließe sich auch hinsichtlich der menschlich hergestellten Lichtwellen verwenden.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß die Radiosendung als körperlose physikalische Erscheinung nicht Sache im Rechtssinne sein kann, und daß deshalb die gewerbliche Verwertung der Sendung keinerlei Sachenrechte verletzt. Mit dieser Ansicht schließen wir uns derjenigen von Bollecker¹², Buser¹³ und Bürgin¹⁴ an. Es ist daher zum mindesten irreführend, wenn von gewisser Seite verlangt wird, daß den Sendegesellschaften eine „propriété“ an ihren Sendungen zuerkannt werde¹⁵, denn diese Bezeichnung könnte vermuten lassen, daß sich der Schutz der Sendung auf dem Sachenrecht aufbaue.

§ 17. Die Sendung in persönlichkeitsrechtlicher Betrachtung

Es liegt nahe, die Rundfunksendung auch daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht zu den ausschließlichen Persönlichkeits- oder Individualrechten zu zählen sei. Denn nach übereinstimmender Ansicht¹⁶ gehören zu den Persönlichkeitsrechten auch

¹¹ S. 168/9.

¹² S. 167 ff.

¹³ S. 29 a ff.

¹⁴ i. ArchFR 1929, S. 163 ff.

¹⁵ de Reding S. 81 ff.

¹⁶ Gierke, PR I, S. 713 f., v. Thur-Siegwart S. 352, Hafter i. Komm. Gmür, S. 152, Egger N. 28 zu ZGB Art. 28, S. 245, Homberger S. 49, Bürgi i. ZSR, N. F., Bd. 66, S. 10, Simonius, ebenda, S. 26.

das Recht zur freien Ausübung eines Berufes oder Gewerbes und das Recht der „freien Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit“¹⁷. Sie schützen „die mit der Individualität der Person verbundenen Güter . . . und die Möglichkeit, seine Erwerbskraft im Wirtschaftsleben überhaupt betätigen zu können“¹⁸. Gierke¹⁹ ist der Ansicht, daß sich aus dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit ein absolutes Recht auf Achtung eines erworbenen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereiches herleiten lasse, insoweit dieser die Merkmale eines individualisierten Persönlichkeitsbereiches an sich trage.

Als Verletzung des Persönlichkeitsrechtes dürfen jedoch nur solche Handlungen betrachtet werden, die die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit schlechthin verunmöglichen²⁰. Das kann nun aber von der gewerblichen Verwertung der Rundfunksendung nicht behauptet werden. Die Sendegesellschaften werden auch weiterhin ihre Einnahmen²¹ beziehen können, und ihre Tätigkeit wird durch die Verwertungshandlungen in keiner irgendwie maßgeblichen Weise berührt. Ein gesetzlich gewährleistetes Individualrecht auf ungestörte Betätigung der Arbeitskraft besteht nicht²². Innerhalb den vom Gesetz vorgezeichneten Grenzen dürfen deshalb Handlungen vorgenommen werden, die bis zu einem gewissen Grade in die wirtschaftliche Betätigungssphäre anderer eingreifen.

Der Anspruch auf Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung kann deshalb auch nicht aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden. Das bedeutet aber, daß die Sendegesellschaften ein absolutes Recht an ihren Sendungen gar nicht besitzen. Jedoch streben sie ein absolutes Recht an, das keine vertraglichen Beziehungen voraussetzt und gegenüber jedermann wirksam ist, das also der Natur der Rund-

¹⁷ v. Thur/Siegwart, S. 352.

¹⁸ Oser/Schönenberger, N. 45 zu OR Art. 41, S. 290.

¹⁹ PR I, S. 715.

²⁰ Vgl. Simonius i. ZSR, N. F., Bd. 66, S. 28, Homberger S. 49/50. Beispiele im Falle des wirtschaftlichen Boykotts: Oser/Schönenberger, N. 44 ff. zu OR Art. 41, S. 289 ff.

²¹ Hier wird der Ausdruck einzig im Hinblick auf den wirtschaftlichen, nicht auf den rechtlichen Zusammenhang zwischen Sendetätigkeit und Gebührenzahlung verwendet. Vgl. § 9, S. 37 ff., oben.

²² Oser-Schönenberger, N. 45 zu OR Art. 41, S. 290.

funksendung am ehesten Rechnung tragen würde, das wenn immer möglich mit internationalem Geltungsbereich zu versehen wäre und überall dort beachtet werden müßte, wo die Sendung wahrgenommen werden kann.

§ 18. Die Sendung in urheberrechtlicher Betrachtung

Wenn im Folgenden die Rundfunksendung nach urheberrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden soll, so muß darauf hingewiesen werden, daß wir dabei die früher²³ dargelegte Einheit betrachten, ohne Rücksicht darauf, ob das Sendegut im Einzelnen aus urheberrechtlich geschütztem Stoff bestehe oder nicht, daß wir also untersuchen, ob die Sendung als Arbeitsprodukt der Sendegesellschaften urheberrechtlichen Schutz genießen kann. Das könnte aber nach bestehendem Gesetz nur dann der Fall sein, wenn die Rundfunksendung als Werk bezeichnet werden kann, wenn sie also den vom Gesetz an das Schutzobjekt gestellten Anforderungen entspricht.

I. Das Werk als Schutzobjekt des Urheberrechts

Gegenstand des Urheberrechtes ist nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Werk der Literatur oder Kunst²⁴. Werk im Sinne des Gesetzes ist jede schöpferische Formgebung geistiger Werte, jedes „Erzeugnis einer selbständigen, schaffenden, originalen Geistestätigkeit“²⁵. Das Urheberrecht schützt demnach das in Form gefaßte Ergebnis geistiger Arbeit. An den tatsächlichen Inhalt werden keinerlei Anforderungen gestellt; das erhabenste Werk ist gleichermaßen geschützt wie das anspruchsloseste; eine qualitative Wertung nimmt das Gesetz nicht vor. Wesentlich ist nur, daß das Werk aus dem Inneren seines Schöpfers, aus seinem geistigen Schaffen, das Denken, Fühlen

²³ § 12, III, S. 51, oben.

²⁴ URG Art. 1, Abs. 1.

²⁵ Steinberg S. 10.

und Wissen umfaßt²⁶, stammt, und das in eine durch die menschlichen Sinne wahrnehmbare Form gebracht werden kann. Das schweizerische Urheberrechtsgesetz gibt keine Definition des Werk-Begriffes; in Art. 1 bis 4 gibt es vielmehr eine Reihe von Beispielen, eine Aufzählung verschiedener Schutzobjekte, aus denen sich jedoch die Voraussetzungen erkennen lassen, die an das Werk gestellt werden²⁷.

II. Die urheberrechtliche Natur der Sendung

Die Rundfunksendung ist in erster Linie ein technisches Produkt²⁸ und in der Regel keine vom Aussendenden geschaffene eigenpersönliche Schöpfung. Sie ist ein uneinheitliches Ganzes, das an sich nicht durch einen geistigen Schöpfungsakt entstanden ist, sondern durch das Zusammenwirken schöpferischer, darstellender, technischer, administrativer und anderer Arbeitsleistungen. Zwar enthält das Sendegut zumeist Teile, die den Werk-Charakter tragen, aber Subjekt des auf sie sich beziehenden Rechtsschutzes ist eben primär nicht die Sendegesellschaft, sondern der Urheber. Die Rundfunksendung als Aufführungsart von urheberrechtlich geschützten Werken wird ebensowenig selbst Werk wie die Theateraufführung einer Oper oder eines Schauspiels. Auch Werk zweiter Hand im Sinne von Art. 4, Abs. 2 URG ist die Rundfunksendung nicht, weil sie keine mechanische, sondern eine radio-elektrische Aufführungsart darstellt, deren Wesen in der einmaligen, gleichzeitigen und unkörperlichen²⁹ Kundgabe liegt. Die Sendung ist aber auch kein Sammelwerk im Sinne von § 4 des deutschen Urheberrechtsgesetzes (URG Art. 3), wie das von Dawid³⁰ be-

²⁶ Iklé S. 10.

²⁷ Iklé S. 17.

²⁸ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 164.

²⁹ Bürgin vertritt allerdings in ArchFR 1929, S. 164, die Ansicht, die Sendung sei ein technisches Erzeugnis körperlicher Natur, und dies deshalb, weil eine andere Körperlichkeit, die nicht aus Elektronen zusammengesetzt sei, nicht existiere. Das mag zwar in rein physikalischer Hinsicht stimmen, aber in diesem Falle ist eben die rechtliche Körperlichkeit nicht mit der naturwissenschaftlichen gleichzusetzen. Vgl. dazu unsere Ausführungen in § 16, S. 70 ff., oben.

³⁰ S. 86.

hauptet wird. Unter Sammelwerk versteht das Gesetz eine Mehrzahl von Einzelwerken, die in eine gemeinsame Form der Wahrnehmung gebracht wurden, und an denen selbständige Urheberrechte der einzelnen Autoren bestehen, also vor allem Bücher, Zeitungen und Zeitschriften mit Beiträgen mehrerer Urheber³¹. Die Gesamtheit der Einzelbeiträge muß wiederum den Charakter eines Werkes tragen, also wiederum eine schöpferische Formgebung geistiger Werte darstellen³². Diese Bedingungen werden aber von der Rundfunksendung nicht erfüllt, da sie nicht aus einzelnen Werken besteht (obschon sich das Sendegut aus einzelnen Werken zusammensetzen kann), sondern aus Werken, Arbeitsleistungen und Aufwendungen der verschiedensten Art, und nicht ein ausschließlich geistiges Erzeugnis ist³³.

Aber weisen gewisse Sendungen nicht dennoch zum mindesten urheberrechtsähnliche Züge auf? Darf nicht mit Recht behauptet werden, daß die Rundfunksendungen — nicht alle, aber einzelne, besonders „radiophonisch“ gestaltete — in ihrem Gesamteindruck einen Charakter tragen, der demjenigen des urheberrechtlich geschützten Werkes nahekommt? Wir meinen diejenigen Sendungen, denen entweder ein eigens für die radiophonische Wiedergabe verfaßter Text zugrundegelegt wurde, der den Eigengesetzlichkeiten des Rundfunks Rechnung trägt oder für die bereits bestehende Texte zweckmäßig bearbeitet wurden, die als Hörspiele oder Hör szenen sich an ein bloß akustisch teilnehmendes Auditorium wenden und von allen optischen Eindrücken durch geschickte Regieführung zu abstrahieren wissen, also Sendungen, die alle Kennzeichen des radiophonen Stiles tragen³⁴. Wir entfernen uns mit diesen Ausführungen bewußt von rein juristischen Kriterien und wenden uns mehr ästhetischen oder formalen zu, um darzulegen, daß auch eine Radiosendung durchaus eine beachtliche geistige und künstlerische Höhe aufweisen kann. Diesem neuen, eigengesetzlichen

³¹ Marwitz/Möhring S. 50 ff.

³² Marwitz/Möhring S. 51. lit. f.

³³ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 164.

³⁴ Einen Einblick in die Eigengesetzlichkeiten und in den Stil der Rundfunksendungen gibt Franz Faßbind in seinem Buch «Dramaturgie des Hörspiels», Zürich 1943.

Stil wollte Frankreich anlässlich der Römer Revisionskonferenz der Berner Uebereinkunft von 1928 Rechnung tragen, als es der exemplifikatorischen Aufzählung der geschützten Werke (Art. 2 BUE) die besondere Gattung der „œuvres radiophoniques“ anfügen wollte; jedoch fand damals der französische Antrag keine Beachtung³⁵.

Und in der Tat wäre es äußerst schwierig gewesen, diese œuvres radiophoniques von den œuvres non radiophoniques zu unterscheiden und genügend zu kennzeichnen. Denn es ist klar, daß eine aktuelle Sendung, ein gewöhnlicher Vortrag oder ein Gesangsvortrag nicht dieselben radio-eigenen künstlerischen Merkmale aufweisen wie beispielsweise ein Hörspiel, und daß solche Darbietungen nicht einzig deshalb, weil sie im Rundfunk gesendet werden, gleich behandelt werden dürften wie die erstgenannten, höherstehenden.

Es wäre auch gar nicht so abwegig, wenn etwa vorgeschlagen werden sollte, die Radiosendungen als „Werke dritter Hand“ zu bezeichnen, in Anlehnung an die Werke zweiter Hand, die sich dadurch charakterisieren, daß sie auf Schallträger fixierte eigenpersönliche Interpretationen von Werken darstellen³⁶. Als ein Werk dritter Hand müßte dann die auf radioelektrischem Wege erfolgende Aufführung einer Interpretation von Werken „erster Hand“ bezeichnet werden. Dadurch, daß die Rundfunksendungen in diesem Sinne als Werke zu gelten hätten, würde dasselbe erreicht, was mit der Schaffung von Werken zweiter Hand beabsichtigt war: der Schutz einer durch persönliche, mehr oder weniger künstlerische Leistung qualifizierten Interpretation oder Kundgabe für das Gehör in Fällen, da diese Interpretation der besonderen technischen Beschaffenheit ihrer äußeren Form wegen einer Ausbeutung und gewerblichen Verwertung ausgesetzt ist. Natürlich würde dadurch nicht jede Sendung schlechthin als Werk geschützt: Voraussetzung wäre, daß das Sendegut ein schutzfähiges Werk enthält und von Interpreten aufgeführt wird³⁷. Geschützt wäre

³⁵ Ladas S. 239, Iklé i. UFITA 1941, S. 377/8.

³⁶ URG Art. 4, Abs. 2, Vgl. Streuli S. 15/6.

³⁷ Diese Voraussetzung läßt erkennen, daß eben nicht die Sendung an sich geschützt wird, nicht das Arbeitsergebnis der Sendegesellschaft

die Sendung dann nicht als originäres Werk, sondern als qualifizierte Aufführungsart.

Wenn wir uns aber nach diesem Exkurs wieder dem Buchstaben und Geist des Urheberrechtsgesetzes zuwenden, so müssen wir erkennen, daß die Rundfunksendung nach schweizerischem Recht als Einheit aus Sendegut und Uebermittlungsform nicht Gegenstand des Urheberrechtes sein kann, weil sie nicht Werk, nicht Geisteserzeugnis, sondern ein aus Beiträgen verschiedenster Art sich zusammensetzendes Arbeitsergebnis, Gemeinschaftsleistung mehrerer ist.

Damit erkennen wir zugleich, daß die Rundfunksendung nach bestehendem Recht auch kein immaterielles Gut sein kann. Denn immaterielles Gut kann nach Kohler³⁸ nur ein künstlerisches oder technisches Gedankengebilde sein, ein Produkt geistigen Schaffens, eines eigentlichen Schöpfungsprozesses, der Idee und gestaltende, eigenpersönliche Formgebung umfaßt und außerdem einen Umsatznutzen abwirft. Aber die Rundfunksendung ist kein Gedankengebilde, das durch die gestaltende Tätigkeit des Menschen eine wahrnehmbare Form erhalten hat, sondern sie ist in erster Linie ein Produkt technischen Schaffens, wiewohl das durch sie übermittelte Sendegut geistige und künstlerische Werte enthalten mag.

Nach bestehendem Recht besitzen die Sendegesellschaften an ihren Sendungen kein absolutes Recht³⁹. Sie müssen deshalb auf einer anderen Grundlage gegen die gewerbliche Verwertung geschützt werden, mit Grundsätzen, die ihnen auch dann einen Schutz gewähren, wenn kein subjektives Recht verletzt wurde, die dem einzelnen Rechtsgenossen ein bestimmtes Verhalten — hier die gewerbliche Verwertung — untersagen, wenn es gegen die Rechtsordnung oder gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt.

schlechthin, sondern nur in der qualifizierten Form als Träger von Werken erster und zweiter Hand.

³⁸ S. 38.

³⁹ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 168.

§ 19. Die gewerbliche Verwertung der Sendung als ungerechtfertigte Bereicherung

Die gewerbliche Verwertung der Sendung bringt, wie wir früher⁴⁰ gesehen haben, dem Verwertenden direkten oder indirekten materiellen Gewinn; die Sendung wird gewissermaßen als Ware auf den Markt gebracht. Es liegt deshalb nahe, die Verwertungshandlung daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht den gesetzlichen Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erfülle, denn zweifellos bereichert sich der Verwertende durch die Ausbeutung eines fremden Arbeitsergebnisses, und diese Bereicherung scheint unserem Rechtsempfinden als ungerechtfertigt⁴¹. Die folgende Untersuchung wird zeigen, ob dies auch nach geltendem Recht zutrifft.

Der gesetzliche Tatbestand ist dann erfüllt, wenn „die Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen erfolgt und diese Vermögensverschiebung als ungerechtfertigt erscheint“⁴². Ein Recht an der Sendung besitzt die Sendegesellschaft nicht; sie kann nur von demjenigen, der im Einzelfall die Verwertung vornimmt, die Bereicherung zurückfordern⁴³, und dies nur dann, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Es muß eine Bereicherung auf Seiten des Verwertenden vorliegen. Sie besteht „in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, welcher ohne die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung vorliegen würde“⁴⁴. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Bereicherung durch eine Vermehrung der Aktiven, durch eine Verminderung der Passiven oder durch eine Nichtverminderung des Vermögens erfolgt⁴⁵; wesentlich ist einzig der wirtschaftliche Enderfolg.

⁴⁰ § 13, S. 52 ff.

⁴¹ Bürgin i. ArchFR 1929, S. 162, Iklé S. 146.

⁴² v. Thur/Sieewart S. 400.

⁴³ v. Thur/Sieewart S. 428, Guhl S. 150/1.

⁴⁴ v. Thur/Sieewart S. 401, vgl. auch BGE 45 II S. 450, E. 2.

⁴⁵ Guhl S. 151, v. Thur/Sieewart S. 401, Oser/Schönenberger N. 3, zu OR Art. 62, S. 430.

Das Vorliegen einer Bereicherung muß bei jeder gewerblichen Verwertung als gegeben erachtet werden⁴⁶, denn gerade diese Tatsache schafft das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zur privaten Verwertung und bildet einen der Hauptgründe für die Forderung nach ausreichendem Schutz der Rundfunksendung. Dabei geschieht die Bereicherung entweder

- a) durch Vermehrung der Aktiven: wenn der Verwertende die Sendung gegen Entgelt an Dritte weitervermittelt, sei es in unkörperlicher Form (Drahtfunk, Lautsprecherwiedergabe) oder in körperlicher Gestalt (Verkauf von Schallträgern, die durch die direkte Verwertung gewonnen wurden, oder von Schriftwerken, die ihren Ursprung in der indirekten Verwertung der Sendung haben); oder
- b) durch Verminderung der Passiven oder Nichtverminderung des Vermögens: wenn sich durch die Verwertung der Sendung andere Ausgaben, die sonst erforderlich gewesen wären, vermeiden lassen (öffentliche Lautsprecherwiedergabe ohne direktes Entgelt, durch die beispielsweise die Anstellung eines Orchesters erspart werden kann, oder rebroadcasting, durch das die ganzen für die première audition erforderlichen Aufwendungen umgehen lassen).

2. Die Bereicherung muß aus dem Vermögen eines anderen (auf Kosten eines anderen)⁴⁷ erfolgt sein, d. h. es muß ein „Entreicherter“⁴⁸ da sein, dessen Vermögen um den Betrag der Bereicherung des anderen vermindert wird. Nun wird aber in den meisten Fällen gar nicht nachzuweisen sein, daß die Sendegesellschaften durch die gewerbliche Verwertung ihrer Sendungen eine Entreichung erlitten haben. Abgesehen von den in § 15, II, 2, S. 64 f. erwähnten Fällen einer finanziellen Schädigung, die doch eher theoretische als praktische Bedeutung haben, und bei denen der Schaden der Sendegesellschaften nicht dem Gewinn des Verwertenden zu entsprechen braucht, ist es im Gegenteil durchaus möglich, daß durch die gewerbliche Verwertung der Sendung den Sendegesellschaften indirekt ein finanzieller Gewinn erwächst, nämlich

⁴⁶ Vgl. dazu unsere Ausführungen in § 12, S. 49 ff.

⁴⁷ Diese Umschreibung findet sich im französischen Wortlaut von OR Art. 62 und im BGB.

⁴⁸ Oser/Schönenberger N. 3 zu OR Art. 62, S. 430.

dann, wenn die Oeffentlichkeit, durch die Verwertungshandlung auf den Rundfunk und seine Vorteile und Möglichkeiten aufmerksam geworden, sich zur Erwerbung einer Empfangskonzession entschließt, deren Gebühren ja schließlich auch der nationalen Sendegesellschaft zugutekommen, obschon diese Bereicherung, wie wir gesehen haben⁴⁹, keine direkte Folge der Sendetätigkeit ist. Ueberdies ist darauf hinzuweisen, daß die gewerbliche Verwertung durch Telephonrundspruch nach Maßgabe des schweizerischen Rechtes der schweizerischen Rundspruchgesellschaft gar keine direkte Schädigung zufügt, indem nämlich die von der Verwertungshandlung profitierende Oeffentlichkeit die Sendung nur dann wahrnehmen darf, wenn sie eine spezielle Konzession erworben hat (VVO I Art. 88) und dadurch mit ihren Konzessionsgebühren (VVO I Art. 95) indirekt zum Betriebe des ursprünglichen Sendewesens beiträgt.

Die Voraussetzung der Entreicherung seitens der Sendegesellschaft ist also oft gar nicht erfüllt oder läßt sich zum mindesten nicht nachweisen.

3. Zwischen Bereicherung auf der einen und Entreicherung auf der anderen Seite muß *Kausalzusammenhang* bestehen, d. h. die die Bereicherung begründende Handlung muß auch die Einbuße verursachen und begründen, wenn auch nicht unmittelbar⁵⁰. Es wird in zahlreichen Fällen nicht zu beweisen sein, daß die finanzielle Schädigung der Sendegesellschaft, sofern eine solche überhaupt vorliegt, ihren Grund in der Verwertungshandlung hat. Denn als tatsächliche Schädigung der Sendegesellschaft wird in erster Linie der sie indirekt betreffende Rückgang oder der (kaum zu beweisende) sich verlangsamende Anstieg in der Zahl derjenigen Empfangskonzessionäre zu betrachten sein, die der gleichen Rechtshoheit unterliegen wie der Sender selbst. Eine im Ausland begangene Verwertungshandlung dürfte deshalb kaum für die Verursachung eines Schadens verantwortlich gemacht werden, es sei denn, der Schaden bestehe in einer Erhöhung der Forderungen der Mitwirkenden.

⁴⁹ § 9, S. 37 ff., insbesondere III, S. 39 ff.

⁵⁰ Oser/Schönenberger N. 82 zu OR Art. 41, S. 300.

4. Die Bereicherung muß ungerechtfertigt sein, sie muß ohne rechtlich anerkannten Grund erfolgt sein. Das ist immer dann der Fall, wenn kein gültiger Grund für die Vermögensverschiebung vorliegt, wenn der Grund nicht verwirklicht, wenn er weggefallen oder unsittlich ist⁵¹, und insbesondere dann, wenn die Bereicherung auf Grund einer unerlaubten Handlung entstanden ist⁵².

Die Bereicherung kann sich, da zwischen Sendegesellschaft und Verwertendem eine vertragliche Beziehung nicht besteht, auf keine kontraktliche Grundlage stützen. Das Aussenden der Radiowellen an die Öffentlichkeit kann nicht als Zuwendung des Senders an den jeweiligen Verwertenden betrachtet werden, denn sie entziehen sich ja jedem rechtsgeschäftlichen Verkehr. Die Bereicherung erfolgt nur durch eine Handlung des Verwertenden; der nächste Paragraph wird zeigen, ob sie als unerlaubt zu betrachten sei.

5. Das durch die ungerechtfertigte Bereicherung entstehende Rechtsverhältnis zwischen Bereichertem und Geschädigtem ist ein obligatorisches, nur dem jeweiligen Verwerter und nicht jedermann gegenüber wirksames⁵³. Es würde, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben wären, nur zwischen der Sendegesellschaft und demjenigen entstehen, dessen Verwertungshandlungen dem Sender zur Kenntnis kommen. Da jedoch die Verwertung in der Regel, besonders wenn sie im Ausland begangen wird, nicht bekannt wird, könnte auf diese Weise ein wirklicher und wirksamer Rechtsschutz gar nicht erreicht werden.

Wir erkennen daher, daß die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung den Sendegesellschaften keinen ausreichenden Schutz gegen die gewerbliche Verwertung ihrer Sendungen gewähren, und wir schließen uns damit den Auffas-

⁵¹ Oser/Schönenberger, Anm. III zu OR Art. 62, S. 432 ff., v. Thur/Siegwart S. 403.

⁵² Oser/Schönenberger N. 10 zu OR Art. 62, S. 432, v. Thur/Siegwart S. 415 ff.

⁵³ Oser/Schönenberger Vorbem. 3 vor OR Art. 62—67, S. 427. v. Thur/Siegwart S. 428 f.

sungen von Bürgin⁵⁴, Tabouis⁵⁵ und Bollecker⁵⁶ an, im Gegensatz zu Saudemont⁵⁷, der den Schutz nach der *actio de in rem verso* des französischen Rechts als genügend erachtet.

§ 20. Die gewerbliche Verwertung der Sendung als unerlaubte Handlung

Eine unerlaubte Handlung begeht, wer einem anderen widerrechtlich oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt⁵⁸. Er wird Schadenersatzpflichtig, wenn die Widerrechtlichkeit absichtlich oder fahrlässig oder wenn die Sittenwidrigkeit absichtlich erfolgt ist. Diese Voraussetzungen sollen unter dem Gesichtspunkte der gewerblichen Verwertung der Sendung näher betrachtet werden.

1. Erste Voraussetzung ist die Schadenszufügung. Hier gilt das in § 19, S. 79/80 gesagte: meist entsteht der Sendegeellschaft überhaupt kein Schaden, oder er läßt sich nicht nachweisen. Eine dem Schaden entsprechende Bereicherung beim Verwertenden wird nicht vorausgesetzt.

2. Der Schaden muß widerrechtlich sein oder gegen die guten Sitten verstoßen. Widerrechtlich ist nach dem Sinne des Gesetzes jede Handlung, die gegen eine Vorschrift der Rechtsordnung, gegen eine zwingende Verhaltensnorm des privaten oder öffentlichen Rechts verstößt⁵⁹. Die Schadenersatzpflicht trifft also den Verwertenden nur, wenn ihm die Rechtsordnung die Verwertung der Sendung untersagt. Dies trifft beim Konzessionär der Klasse I für schweizerische Verhältnisse zu. Die Verwertung durch den Konzessionär der Klasse II und IIa ist aber nicht als widerrechtlich zu betrachten, weil dieser Hörer kraft öffentlichen Rechts zur Verwertung ausdrücklich befugt ist und eine privatrechtliche Verbotsnorm nicht besteht.

⁵⁴ S. 170.

⁵⁵ S. 314.

⁵⁶ S. 167.

⁵⁷ S. 206—233.

⁵⁸ OR Art. 41.

⁵⁹ Oser/Schönenberger S. 279 ff., v. Thur-Siegwart S. 349 ff.

Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung, durch die aus der Arbeitsleistung eines anderen Gewinn geschlagen wird, als eine Handlung zu gelten hat, die den allgemein verbreiteten Anschauungen von Anstand und Billigkeit widerspricht⁶⁰. Diese Auffassung wird indirekt noch dadurch unterstützt, daß die normale, allgemein übliche und am weitesten verbreitete Empfangskonzession eine gewerbliche Verwertung der Sendung verbietet⁶¹. Es ist also bestimmt naheliegend, diese Handlung als Verstoß gegen die guten Sitten zu bezeichnen und damit zur unerlaubten Handlung zu stempeln. Der Richter, der diese Frage zu entscheiden hätte, würde zweifellos im gleichen Sinne urteilen.

3. Der Schaden muß durch ein Verschulden verursacht sein. Wir neigen zur Ansicht, daß dem Verwertenden höchstens Fahrlässigkeit, wenn überhaupt ein Verschulden, vorgeworfen werden kann. Dies schon deshalb, weil nach der Lage der Dinge ein wirklicher materieller Schaden seitens der Sendegesellschaft nicht festgestellt und durch den Verwertenden zumeist gar nicht vorausgesehen werden kann.

4. Auch bei der unerlaubten Handlung wird Kausalzusammenhang zwischen Verwertungshandlung und eingetretener Schädigung vorausgesetzt. Es gelten die in § 19, S. 81 gemachten Ueberlegungen auch hier in analoger Anwendung: Kausalzusammenhang liegt meist gar nicht vor.

5. Die Sendegesellschaft, die Schadenersatz beansprucht, hat Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit und Verschulden zu beweisen⁶². Daß dies in den meisten Fällen gar nicht möglich ist, erhellt aus den vorangegangenen Erörterungen mit aller Deutlichkeit.

6. Auch die unerlaubte Handlung verschafft der Sendegesellschaft nur einen obligatorischen Anspruch auf Schadener-

⁶⁰ Vgl. Oser/Schönenberger N. 98 ff. zu OR Art. 41, S. 304 ff.

⁶¹ Im Geschäftsjahr 1948 wurden an Hörgebühren der Klasse I ca. 18,6 Millionen Fr., der Klasse IIa aber nur 770 000.- Fr. eingenommen (18. Jahresbericht der SRG, 1948, S. 112).

⁶² OR Art. 42; vgl. dazu Guhl S. 135, Oser/Schönenberger N. 2 zu OR Art. 42, S. 306.

satz, nicht ein ausschließliches Recht an der Sendung, das jegliche Verwertung zu gewerblichen Zwecken eo ipso untersagen würde.

Es drängt sich uns deshalb der Schluß auf, daß die Sendung auch nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung nicht in genügendem Umfange vor gewerblicher Verwertung geschützt werden kann⁶³. Dies schon deshalb, weil sich der Rechtsschutz innerhalb des Wirkungsbereiches der Sendung nur auf einen territorial begrenzten Sektor auswirken kann, nämlich nur auf jene Gebiete, die der gleichen Rechtshoheit unterstehen wie der Sender selbst.

§ 21. Die gewerbliche Verwertung der Sendung als unlautere Wettbewerbshandlung

Unlauteren Wettbewerb begeht, wer den wirtschaftlichen Wettbewerb durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, mißachtet (UWG Art. 1, Abs. 1). Voraussetzungen für den durch das Gesetz vorgesehenen Rechtsschutz sind demnach⁶⁴

- a) das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses,
- b) die Anwendung von täuschenden oder gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßenden Mitteln.

Nur dann, wenn diese Voraussetzungen auch im Falle der gewerblichen Verwertung der Rundfunksendung erfüllt sind, kann die Verwertungshandlung als unlauterer Wettbewerb bezeichnet und den durch das Gesetz vorgesehenen Sanktionen unterworfen werden.

I. Wettbewerbsverhältnis zwischen Sender und Verwertendem?

Ein Wettbewerbsverhältnis liegt immer dann vor, wenn zwei oder mehr Personen mit gleichen oder ähnlichen Mitteln

⁶³ Vgl. dazu Buser S. 219 a.

⁶⁴ Troller S. 116 und 194 ff., v. Büren S. 56 ff.

nach einem gleichen wirtschaftlichen Ziele streben, wobei der eine den anderen zu überholen, „auszustechen“ versucht⁶⁵.

1. Das von beiden Konkurrenten angestrebte Ziel muß ein wirtschaftliches sein, im Gegensatz zum sportlichen oder künstlerischen⁶⁶. Kennzeichen der wirtschaftlichen Betätigung ist eine fortgesetzte, auf Erzielung von Gewinn gerichtete Aktivität⁶⁷. Materieller Gewinn läßt sich aber nur erzielen, wenn Dritte, Nichtkonkurrenten, Kunden, das Produkt der wirtschaftlichen Tätigkeit, also die Arbeitsleistungen der Konkurrierenden, gegen entsprechende direkte oder indirekte Gegenleistungen, die meist in Geld oder in Geldeswert bestehen, erhalten⁶⁸. Man kann daher als Anhaltspunkt für das Bestehen einer wirtschaftlichen Tätigkeit das Vorhandensein von Kunden im erwähnten Sinne werten. Die Arbeitsleistung selbst begründet und verursacht den Gewinn, weil sie dem Kunden in irgend einer Form gegen Entgelt überlassen wird. Darüber, daß derjenige, der die Sendung zu gewerblichen Zwecken verwertet, eine wirtschaftliche Betätigung ausübt, kann kein Zweifel herrschen⁶⁹. Seine Handlung erzielt seine Bereicherung, die dadurch erreicht wird, daß die verwertete Sendung an Drittpersonen überlassen wird. Wesentlich schwieriger ist jedoch die Entscheidung darüber, ob auch die Sendegesellschaften eine wirtschaftliche Betätigung ausüben. Das wird dort der Fall sein, wo die Sendegesellschaften Reklamesendungen ausstrahlen, die ausschließlich von privaten Auftraggebern finanziert werden⁷⁰, wo sie also mit denjenigen, die ihre Tätigkeit unmittelbar und direkt finanzieren, in einem Vertragsverhältnis stehen. Hier besteht ein ausgesprochenes Kundenverhältnis, allerdings nicht zur Öffentlichkeit der Rundfunkhörer, aber immerhin stehen Tätigkeit und Gewinn in einer direkten Beziehung.

⁶⁵ Troller, Das Delikt, S. 6/7, v. Büren S. 59/60, Bürgin i. ArchFR 1929, S. 166.

⁶⁶ Troller S. 194.

⁶⁷ Troller, Das Delikt, S. 9/10.

⁶⁸ Troller, Das Delikt, a. a. O., Bersinger S. 15.

⁶⁹ Vgl. § 12, S. 49 ff. und § 13, S. 52 ff.

⁷⁰ Insbesondere in den USA und den meisten südamerikanischen Staaten, vereinzelt auch in Europa (Luxemburg, Andorra, Monaco, deutsche und italienische Stationen).

Für die Mehrzahl der Sendegesellschaften, insbesondere in Europa und in der Schweiz, trifft dies jedoch nicht zu. Ihre Tätigkeit kann nach unserer Auffassung nicht als wirtschaftliche bezeichnet werden, denn im Prinzip liefern sie ihre Sendungen gratis und ohne Gewinnabsicht. Die Rundfunkhörer sind wohl ihre Abnehmer, nicht aber ihre Kunden. Dies ergibt sich aus folgenden Ueberlegungen:

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß die Konzessionsgebühr der Rundfunkhörer ihrer rechtlichen Struktur nach Entgelt ist für die Teilnehmer am Radioverkehr, nicht aber Entschädigung für empfangene Sendungen⁷¹. Sie wird nicht dem Veranstalter der Sendungen, sondern dem Inhaber der Funkhoheit geschuldet, der sie zum Teil seiner nationalen Sendegesellschaft zur Bestreitung ihrer Kosten überweist. Diese Verteilung ist aber eine rein willkürliche, die nicht Rücksicht darauf nimmt, was jeder einzelne Hörer empfangen hat, sondern die ihren Rechtsgrund in der Erteilung der Empfangserlaubnis schlechthin findet⁷². Zwischen der Leistung der Sendegesellschaft und ihren Einnahmen besteht also gar kein ursächlicher Zusammenhang, vielmehr ein rein zufälliger, der von der Bevölkerungsdichte, dem Lebensstandard, von der Entwicklung der Radioindustrie, von topographischen und atmosphärischen Bedingungen und von vielen anderen Umständen abhängt, die sich außerhalb der Beeinflussungssphäre des Senders befinden und mit seiner Tätigkeit nichts zu tun haben. Dazu kommt für die schweizerischen Verhältnisse, daß gemäß § 15 der Sendekonzession der schweiz. Rundspruchgesellschaft die Verfolgung idealer und nicht wirtschaftlicher Zwecke vorgeschrieben ist⁷³. Das Verbot der Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke bedeutet freilich nicht, daß mit Verlust gearbeitet werden müßte.

Das Merkmal der wirtschaftlichen Betätigung ist der Kausalzusammenhang zwischen Leistung einerseits und materiellem Gewinn andererseits. Das ist aber bei den Sendegesellschaft-

⁷¹ Vgl. Reichsgerichtsurteil i. ArchFR 1930, S. 427, List i. ArchFR 1930, S. 349 f.

⁷² Vgl. § 7, S. 29 ff.

⁷³ Birch S. 78, de Reding S. 25.

ten nicht vorhanden. Unter diesem Gesichtspunkte scheint es mindestens fraglich zu sein, ob zwischen dem Sender und demjenigen, der seine Sendungen gewerblich verwertet, ein Wettbewerbsverhältnis besteht.

2. Die Konkurrenten müssen das gleiche Ziel verfolgen. Das Ziel, das der Verwertende durch seine Handlungen zu erreichen sucht, ist die gewinnbringende Ausbeutung der Sendung. Ziel der Sendegesellschaft ist dagegen ein ideales: die Oeffentlichkeit soll erbaut, unterhalten und belehrt werden, und zwar die „zahlende“ ebensogut wie diejenige, die kein „Entgelt“⁷⁴ für die Sendung zu entrichten hat.

3. Das Ziel muß mit gleichen oder ähnlichen Mitteln erreicht werden. Hierin stimmen die Tätigkeiten beider überein: beide führen eine Kundgabe von Sendegut an die Oeffentlichkeit durch. Dabei ist es unwesentlich, daß die technische Natur der Uebermittlungsform verschieden ist.

Zwischen der Sendegesellschaft und demjenigen, der ihre Sendungen gewerblich verwertet, besteht also, wie wir erkannt haben, gar kein Wettbewerbsverhältnis. Mit dieser Auffassung treten wir allerdings in Gegensatz zu den Autoren, die sich mit dieser Frage befaßt haben⁷⁵. Sie kommen beinahe übereinstimmend zum Schlusse, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren sei, wobei sie sich allerdings, wie wir meinen, mit der Grundfrage zu wenig auseinandersetzen, ob überhaupt ein Wettbewerbsverhältnis vorliege. Hinsichtlich der schweizerischen Regelung fällt uns noch Folgendes auf: wie könnte, wenn die Verwertung wirklich unlauterer Wettbewerb wäre, die Tatsache erklärt werden, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung in gewissen Fällen nach Maßgabe des öffentlichen Rechtes erlaubt ist? Würde dann das öffentliche Recht stillschweigend die zum Schutze des Wettbewerbes aufgestellten Bestimmungen privatrechtlicher Natur aufheben für diejenigen Verwertungshandlungen, die es,

⁷⁴ Hier werden nur die wirtschaftlichen, nicht aber die rechtlichen Aspekte dieses «Entgeltes» betrachtet.

⁷⁵ Buser S. 220 a und 222 a f., Hoffmann i. BIFR 1928, S. 70, Giesecke i. ArchFR 1930, S. 1 ff.

zwar gegen Entgelt, — aber das ändert an der Grundfrage nichts — gestatten will? Wollen wir dem Bundesgesetzgeber nicht eine grobe Fahrlässigkeit und Nachlässigkeit vorwerfen, so lassen sich diese Fragen nur so beantworten: die gewerbliche Verwertung der Rundfunksendung ist kein Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs.

II. Anwendung unlauterer Mittel?

Die Frage nach der Unlauterkeit der Mittel erübrigt sich eigentlich von selbst, weil wir erkannt haben, daß ein Wettbewerbsverhältnis gar nicht existiert. Indessen sei erneut festgehalten, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung von unserem Rechtsempfinden als stoßend betrachtet werden muß, wie ja überhaupt jede Ausbeutung eines fremden Arbeitsergebnisses oder einer fremden Leistung ein Verhalten darstellt, das nach dem Gesichtspunkte von Anstand und Billigkeit nicht gutgeheißen werden kann. Mit dem Reichsgericht⁷⁶ ist der Auffassung beizupflichten, „daß es mit den Erfordernissen des anständigen Geschäftsverkehrs unvereinbar ist, sich die mit erheblicher Mühe und hohen Kosten gewonnenen Erträge fremder Arbeitsleistung ohne eigene erhebliche Mühe und Kosten anzueignen“. Allerdings folgen wir den weiteren Ausführungen des Gerichts nicht mehr, die aus der Ausbeutungshandlung auf das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses schließen.

Die Rundfunksendung kann also auch nach den Grundsätzen des unlauteren Wettbewerbes nicht vor gewerblicher Verwertung geschützt werden. Zu diesem Schlusse gelangen wir, weil sich unsere Untersuchungen nicht nur auf die Unlauterkeit der Mittel, die der Verwertende anwendet, sondern vor allem auf die Frage nach dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Sendegesellschaft und Verwertendem erstrecken, wobei wir erkannt haben, daß ein solches Konkurrenzverhältnis gar nicht besteht. Unsere Auffassung tritt zwangsläufig auch in Gegensatz zu den Bestrebungen, den Schutz der Sendung auf internationalem Gebiete der Pariser

⁷⁶ Urteil vom 7. Juni 1928, zit. i. ArchFR 1928, S. 666.

Verbandsübereinkunft über den Schutz der Propriété Industrielle einzubauen⁷⁷.

Die vorangegangenen Paragraphen haben uns gezeigt, daß die Rundfunksendung als Arbeitsprodukt der Sendegesellschaften nach geltendem Recht nur in sehr mangelhafter Weise gegen die gewerbliche Verwertung geschützt ist. Im nächsten Abschnitt wird daher mit Hilfe der bisher gewonnenen Erkenntnisse versucht werden müssen, de lege ferenda einen ausreichenden Rechtsschutz zu schaffen und ihn in sinnvoller und harmonischer Weise der bestehenden Rechtsordnung einzugliedern.

3. Abschnitt:

Der Rechtsschutz de lege ferenda

§ 22. Das Recht an der Sendung

I. Allgemeiner Grundsatz

Den Sendegesellschaften ist die lege ferenda ein ausschließliches Recht an ihren Sendungen zuzuerkennen. Durch ihre spezielle, qualifizierte Leistung erhalten sie das absolute Recht an dem von ihnen erzeugten immateriellen Gut¹.

Dieses rechtspolitische Postulat enthält einerseits die positive Komponente, daß jede Sendegesellschaft im Rahmen der Rechtsordnung über ihre Sendungen frei verfügen und alle ihnen innewohnenden Werte prinzipiell selbst verwerten kann, und andererseits die negative Komponente, daß niemand diese Leistung in einer Art und Weise verwerten darf, welche dieses absolute Recht verletzt.

⁷⁷ Hoffmann i. ArchFR 1930, S. 542 f., Hille i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 88 f., Buser S. 224 a, Bollecker S. 178 f.

¹ Unsere Untersuchungen in § 25 werden zeigen, daß die Sendung in ihrem schutzwürdigen Wesen nach den neuen Erkenntnissen des Leistungsschutzes eben doch immaterielles Gut ist und daher die in Anm. 38, S. 78 wiedergegebene allzu enge Umschreibung von Kohler übersteigt.

Das öffentliche Recht, das sich auf die verfassungsmäßige Grundlage der staatlichen Funkhoheit stützt, schränkt diese freie Verfügungsgewalt der Sendegesellschaft über ihre Sendungen insofern ein, als es das Aussenden von Rundspruchsendungen als „service public“ bezeichnet² und deshalb die Sendegesellschaft zur Durchführung des Sendebetriebs verpflichtet und ihr nicht gestattet, die Sendungen nach Gutdünken „zurückzubehalten“³. Das ergibt sich auch schon aus dem Wesen der Sendung, die ja im eigentlichen Sinne erst dann zu existieren beginnt, wenn die Radiowellen in den Äther ausgestrahlt sind. Uebrigens wird das ausschließliche Recht an der Sendung teilweise auch durch die im Interesse des Funkverkehrs erlassenen Sendekonzessionsbestimmungen eingeschränkt⁴. Aber sobald die Sendung der Öffentlichkeit zur Wahrnehmung zur Verfügung gestellt wird, tritt das absolute Recht an der Sendung in seine volle Wirksamkeit: der Öffentlichkeit ist es untersagt, die Sendung zu anderen als zu erbauenden und belehrenden Zwecken zu verwerten⁵. Vor allem bleibt die gewerbliche Verwertung ausschließlich der Sendegesellschaft vorbehalten. Die Entscheidung darüber, ob die gewerbliche Verwertung der Sendung erlaubterweise stattfinden darf, d. h. ob das ausschließliche Recht an Dritte übertragen wird, liegt de lege ferenda einzig bei der aussendenden Sendegesellschaft, deren Leistung verwertet werden soll, und nicht mehr, wie nach geltendem schweizerischem Recht⁶, beim Inhaber der Funkhoheit.

Man könnte sich fragen, ob die Sendung statt durch ein ausschließliches Recht nicht auch durch einen bloßen Anspruch auf angemessene Vergütung im Falle der gewerblichen Verwertung in genügendem Maße geschützt werden könnte⁷. Dazu ist zu bemerken, daß aus praktischen wie auch aus prinzipiellen Gründen das ausschließliche Recht vorzuziehen ist. Aus prak-

² Gilliéron S. 37, Jaccottet S. 42, Buser S. 57a, de Reding S. 80.

³ Birch S. 45.

⁴ Vgl. § 26, S. 127 ff.

⁵ Vgl. Hille i. ArchFR, Sonderheft 1, 1930, S. 87.

⁶ Wo die Konzessionsbehörde die zur gewerblichen Verwertung der Sendungen berechtigenden Empfangskonzessionen der Klassen II und IIa aus eigener Kompetenz erteilen kann.

⁷ Wie das z. B. von Balas i. ArchFR 1930, S. 461 vorgeschlagen wird.

tischen Gründen vor allem deshalb, weil es nur sehr schwer oder überhaupt nicht möglich sein wird, die Vergütung oder „Verwertungsantiente“ auch wirklich einzubringen, da praktisch jeder Hörer — und er braucht nicht einmal Konzessionär zu sein, ist daher, zumal im Ausland, keineswegs ohne weiteres erfaßbar — ein möglicher Verwerter der Sendung ist. Das Recht an der Sendung, das eine generelle, für jedermann verbindliche Verbotsnorm in sich schließt⁸ und wenn immer möglich mit internationalem Geltungsbereich ausgestattet sein soll⁹, schützt die Interessen der Sendegesellschaften besser als die Erlaubnis, nur gegen Entgelt die Verwertung vornehmen zu dürfen.

Die Rechtsordnungen, die bereits einen besonderen und ausreichenden Schutz der Rundfunksendungen kennen, und auch die entsprechenden Entwürfe, verleihen den Sendegesellschaften ein ausschließliches Recht an den Sendungen, entweder ausdrücklich, wie das italienische Urheberrechtsgesetz in Art. 79 („... ha il diritto esclusivo ...“)¹⁰, oder implicite, wie der deutsche Gesetzesentwurf und das Avant-Projet von Samaden¹¹.

Die Anerkennung eines ausschließlichen Rechtes an der Sendung schmälert in keiner Weise die Interessen der Radiohörer, denn sie sollen sich, nach Maßgabe des öffentlichen Rechtes und nach der Absicht der Sendegesellschaften, an den Sendungen nur geistig bereichern, und das ist ihnen auf jeden Fall möglich, gleichgültig, welche Beziehungen rechtlicher Art die Sendegesellschaften mit ihrem Arbeitsergebnis verbinden. Solche Hörer, die die Sendungen zu gewerblichen Zwecken verwerten wollen, können sich mit der Sendegesellschaft, allenfalls auch mit einer nationalen oder internationalen Körperschaft, die die Interessen der Sendegesellschaft wahrnimmt, in Verbindung setzen und um die Verwertungserlaubnis nachsuchen¹². Auch Sendestationen, die rebroadcasting betreiben wollen, ist

⁸ Vgl. § 23, II, S. 104 f.

⁹ Vgl. § 23, II, S. 105, D. A. 1940, S. 133 f.

¹⁰ Piola-Caselli S. 468 ff.

¹¹ Vgl. GRUR 1939, S. 252 und D. A. 1940, S. 134.

¹² Vgl. dazu § 23, III, S. 106 ff.

die Möglichkeit gegeben, sich die erforderlichen Verwertungsrechte durch zweiseitige Vereinbarungen oder durch internationale Abkommen der beteiligten Kreise zu sichern¹³.

Auch die Rechts- oder Interessensphäre des Inhabers der Funkhoheit kann durch das ausschließliche Recht an der Sendung, das *de lege ferenda* den Sendegesellschaften zuerkannt werden muß, nicht in irgend einer ins Gewicht fallenden Weise tangiert werden, da der Staat zwar Vorschriften über den Funkverkehr und die Nutzung des Aethers erlassen, sich aber nicht in die Leistung der Sendegesellschaften, deren Erzeuger er ja nicht selbst ist, einmischen kann¹⁴.

Der Sendegesellschaft ist daher das ausschließliche Recht auf Nutzung der in ihrer Sendung enthaltenen materiellen Werte zu anerkennen. Es wird sich später¹⁵ zeigen, ob dieser zunächst allgemein gehaltene Grundsatz auf jede Art der Sendung Anwendung zu finden hat, oder ob er bisweilen durchbrochen wird.

II. Der Träger des Rechtes an der Sendung

Wer soll nun Träger dieses ausschließlichen Rechtes an der Sendung sein? In den vorangegangenen Abschnitten haben wir stets von der „Sendegesellschaft“ gesprochen, ohne im Einzelnen zu untersuchen, ob dieses Kollektivum überhaupt fähig ist, Rechtssubjekt zu sein, ohne darzulegen, aus welchen Einzelpersonen und in welcher Weise es sich zusammensetzt. Träger des Rechtes an der Sendung kann nur derjenige sein, der die Sendung herstellt, der das schützenswerte Erzeugnis schafft. Die Sendung entsteht, wie wir gesehen haben, aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Personen; sie wird nicht erzeugt vom Interpreten, vom Regisseur, vom Techniker oder vom Verwaltungsbeamten allein, sondern von ihnen allen zusammen. Deshalb muß auch das Recht an der Sendung der Personengesamtheit, dem Kollektivum, zustehen. Dabei scheint

¹³ Vgl. de Reding S. 81 f.

¹⁴ Vgl. § 26, S. 127 ff.

¹⁵ § 23, S. 97 ff.

uns die Unterscheidung einzelner Leistungsbeiträge, im Sinne des Miturheberrechts, nicht praktikabel zu sein.

Wer soll nun aber im Einzelnen, auf schweizerische Verhältnisse beschränkt, Rechtsträger sein? Das betreffende Studio, das die Sendung zusammengestellt und die premiäre audition durchgeführt hat, die unter dem Begriff „Landessender“ zusammengefaßten Studiogruppen, oder die schweizerische Rundspruchgesellschaft als Dachorganisation? Träger des ausschließlichen Rechts an der Sendung muß nach unserer Auffassung die schweizerische Rundspruchgesellschaft sein, einmal deshalb, weil sie als Konzessionsnehmerin und Dachorganisation den ganzen schweizerischen Sendebetrieb¹⁶ überwacht und verwaltet und die gemeinsamen Interessen aller beteiligten Radiogenossenschaften und Studios vertritt, weil die einzelnen Studios in einem gewissen Sinne ihre Exekutivorgane und Sprachrohre sind, dann aber auch, weil sie als Zentralstelle über die notwendigen nationalen und internationalen Beziehungen verfügt, die besonders im zwischenstaatlichen Radioverkehr von großer Bedeutung sind. In der SRG konzentrieren sich die Leistungen aller schweizerischen Studios, auch des Kurzwellendienstes, der ja keiner Radiogenossenschaft angehört, sondern der SRG direkt unterstellt ist, und sie eignet sich zum Träger des ausschließlichen Rechtes an der Sendung, auch deshalb, weil der Konzessionär, der eine Verwertungserlaubnis für schweizerische Sendungen erwerben will, sich dann nur an eine Stelle, nicht an jedes Studio, zu wenden hat. De Reding erwähnt als Rechtsträger die „société émettrice“¹⁷, ohne ihn näher zu definieren, doch darf angenommen werden, daß auch er dabei die SRG vor Augen hat. Das italienische Gesetz spricht vom „esercente di servizio della radiodiffusione“¹⁸ und läßt dadurch erkennen, daß ebenfalls eine einheitliche Personengesamtheit, möglicherweise eine juristische Person, gemeint ist,

¹⁶ Jedoch nur, soweit er sich auf den Programmdienst bezieht, denn über der SRG steht ja die Konzessionsbehörde, die das Radiowesen in seiner Gesamtheit regelt.

¹⁷ S. 81.

¹⁸ Art. 79, Abs. 1, Piola-Caselli S. 468.

während der Vorentwurf von Samaden den Rechtsträger als „émetteur de la radioémission“¹⁹ bezeichnet.

Es steht nichts der Auffassung im Wege, daß Rechtssubjekt hier auch eine juristische Person, im Falle der SRG ein Verein nach ZGB Art. 60, sein kann. Hierin unterscheidet sich das Recht an der Sendung vom Urheberrecht, zu dem es, wie noch zu zeigen ist²⁰, jedoch starke Aehnlichkeiten aufweist: denn Träger des Urheberrechtes kann primär nur eine natürliche Person sein²¹.

III. Die Natur des Rechts an der Sendung

Aus unseren Untersuchungen hat sich ergeben, daß das Recht an der Sendung weder Sachenrecht, noch Persönlichkeitsrecht, noch Urheberrecht sein kann. Es ist vielmehr ein Recht sui generis²². Es schützte den in der Sendung enthaltenen, durch „un atto di attività industriale o di attività professionale“²³ erzeugten Wert vor dessen gewerblicher Ausbeutung. Sein Objekt ist ein immaterielles Gut, ist „produit d'une activité en bonne partie intellectuelle, bien qu'elle ne soit pas créatrice au sens du droit d'auteur“²⁴.

Das Recht an der Rundfunksendung gehört seinem Wesen nach zu den „droits intellectuels“ der französischen Theorie²⁵, zu den gewerblichen Schutzrechten, die die immateriellen menschlichen Erzeugnisse hinsichtlich ihrer gewerblichen Verwertung schützen. Es muß dem Schutze des Werkes der Literatur und Tonkunst, der Erfindung, des Patentes und des Modells und Modells gleichwertig zur Seite gestellt werden. Gegen-

¹⁹ Art. 5, Abs. 1, vgl. D. A. 1940, S. 133.

²⁰ § 25, S. 116 ff.

²¹ Vgl. Streuli S. 12.

²² Die Auffassung, daß die Rundfunksendung nach den Grundsätzen des gewerblichen Rechtsschutzes durch ein Recht sui generis gegen die gewerbliche Verwertung zu schützen sei, hat das schweizerische Bundesgericht in einem in der amtlichen Sammlung nicht veröffentlichten, jedoch in der «Revue internationale de la radioélectricité», Nouvelle Série No. 65, 1948, S. 342 ff., auszugsweise wiedergegebenen Urteil ausgedrückt.

²³ Piola-Caselli S. 458.

²⁴ Du Pasquier S. 161.

²⁵ Du Pasquier a. a. O.

stand des gewerblichen Rechtsschutzes und daher auch des Schutzes der Sendung ist eine objektivierte Leistung, ein immaterielles Erzeugnis, das in gewerblich-wettbewerblichen Beziehungen als „Ware“ dazu dienen kann, seinem Erzeuger wirtschaftlichen Gewinn einzubringen.

Eine Charakterisierung des Rechts an der Sendung nach dem „Leistungsschutzrecht“-Prinzip der deutschen Doktrin wird in § 25²⁶ noch kurz erwähnt werden.

Sowohl das Avant-Projet von Samaden, als auch das italienische Urheberrechtsgesetz bezeichnen das Recht an der Sendung als „droit connexe“ („diritto connesso“)²⁷ zum Urheberrecht, wodurch sie zu erkennen geben, daß es in besonders enger Beziehung zum Urheberrecht steht, daß es zwar kein urheberrechtliches Werk zum Objekt hat, aber ein immaterielles Gut, das zum Werk verwandtschaftliche Beziehungen aufweist. Der im deutschen Schrifttum vertretene Name „Nachbarrecht“²⁸ scheint uns weniger glücklich zu sein, da er, zumal in der deutschen und schweizerischen Rechtsterminologie, bereits im Zusammenhange mit der rechtlichen Regelung der Eigentums- und Besitzesverhältnisse Verwendung gefunden hat.

Das ausschließliche Recht an der Rundfunksendung zeigt überdies Ähnlichkeit mit dem von der Schallplattenindustrie angestrebten selbständigen, ausschließlichen Rechte an der in der Schallplatte verkörperten Arbeitsleistung, das von du Pasquier²⁹ ebenfalls als Recht sui generis im Rahmen der „droits intellectuels“ erkannt worden ist, und dessen Träger gleichfalls eine juristische Person sein kann³⁰.

²⁶ S. 117 ff.

²⁷ Vgl. § 25, II, S. 120 ff.

²⁸ UFITA 1941, S. 57, de Boor i. D. A. 1941, S. 122.

²⁹ S. 161 ff.

³⁰ Du Pasquier S. 184 ff.

§ 23. Der Rechtsschutz der Sendung im Einzelnen

I. Inhalt und Umfang des Rechtsschutzes

Inhalt des Rechtsschutzes ist das Verbot der gewerblichen Verwertung der Rundfunksendung, also jeder vom Verwerten vollzogenen Kommerzialisierung der durch die Sendung übermittelten geistigen Werte zu seinem eigenen finanziellen Gewinn.

Der Umfang des Rechtsschutzes ist zunächst innerhalb des Gebietes, in dem das ausschließliche Recht an der Sendung seine Wirkung entfalten kann, ein genereller: jede Verwertung einer Sendung, die von einem *de lege ferenda* als Rechtsträger im erwähnten Sinne zu bezeichnenden Sender ausgestrahlt wurde, ist, sofern sie zu gewerblichen Zwecken durchgeführt wird, vorerst prinzipiell verboten. Unter dieses Verbot fallen sämtliche in § 13, S. 52 ff. aufgezählten Verwertungsarten, nämlich:

- a) Verwertung durch Lautsprecher
- b) Verwertung durch Fixierung der Sendung auf Schallträger
- c) Verwertung durch Drahtfunk und Rundfunkvermittlung
- d) Verwertung durch rebroadcasting
- e) indirekte Verwertung.

Dieser Katalog der durch das ausschließliche Recht an der Sendung den Sendegesellschaften vorbehaltenen und deshalb für den Radiohörer verbotenen Verwertungsarten geht nun aber in seinem Umfang weiter als Art. 97 des italienischen Urheberrechtsgesetzes³¹, § 60 des deutschen Entwurfes³², Art. 5 des Samadener Vorentwurfes³³ und die von de Reding aufgestellten Postulate der schweizerischen Rundspruchgesellschaft³⁴. Eine schematische Uebersicht zeigt dabei das folgende Bild:

³¹ Vgl. Piola-Caselli S. 468, deutsche Uebersetzung in UFITA 1941, S. 276.

³² GRUR 1939, S. 252.

³³ D. A. 1940, S. 134.

³⁴ S. 81 ff.

Verbotene Verwertungsart	ital. URG	deutscher Entwurf	Samaden Entwurf	Vorschlag SRG
d. Fixierung	ja	ja	ja	ja
d. Lautsprecher	—	ja	—	ja
d. Drahtfunk	ja	—	—	teilweise ³⁵
d. rebroadcasting	ja	—	ja	ja
indirekt	—	teilweise ³⁶	—	ja

Wie diese Zusammenstellung zeigt, sind die Meinungen über den Umfang des Schutzes der Sendung geteilt. Während der italienische Gesetzgeber die direkte Verwertung mittels Lautsprecher und die indirekte Verwertung der Sendung als erlaubt betrachtet, schließt der deutsche Entwurf die Sendung dann vom Schutze aus, wenn die Verwertung durch Drahtfunk oder durch Rebroadcasting erfolgt. Die Ausnahmen hinsichtlich Drahtfunk und rebroadcasting lassen sich daraus erklären, daß einerseits dort, wo sich das gesamte Funkwesen unter Einschluß des Drahtfunks in staatlichen Händen befindet, wie das im Deutschland des Dritten Reiches der Fall war, für das der deutsche Entwurf zurechtgeschnitten war, die Sendung gegen gewerbliche Verwertung mittels Drahtfunk nicht geschützt zu werden braucht, da zwischen Leistendem und Verwertendem in diesem Falle Identität besteht, und daß andererseits in einem Staate mit Funkhoheit Vorschriften über rebroadcasting mit bloß innerstaatlicher Gültigkeit keinen großen Wert besitzen, da überhaupt kein Rundspruchsender im Inlande existiert, der rebroadcasting betreiben kann. Schutzvorschriften über die Verwertung der Sendung durch rebroadcasting sind im Allgemeinen nur dann von Bedeutung, wenn sie internationale Gültigkeit haben.

Was den Katalog der verbotenen Verwertungshandlungen des Avant-Projet von Samaden betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß er zwar für internationale Gültigkeit abschließend zu verstehen ist, daß aber nach Art. 6, lit. c die nationalen Gesetz-

³⁵ De Reding läßt diese Frage offen, schlägt aber bei der rechtlichen Behandlung dieser Verwertungsart eine «distinction entre les radiocentrales qui poursuivent un but lucratif, celles qui ont un but idéal et celles qui appartiennent en propre aux organismes de radiodiffusion» von (S. 82).

³⁶ Nämlich nur dann, wenn das Sendegut Rundfunknachrichten enthält.

gebungen den in ihrem Einflußgebiete erfolgenden Sendungen einen weitergehenden Schutz gewähren können. Offensichtlich erfolgte hier die inhaltliche Beschränkung im Interesse einer möglichst großen Zahl von Ratifikationen und dadurch eines bestmöglichen Minimalschutzes der Rundfunksendungen auf internationalem Gebiete. Auch folgt das Avant-Projet offensichtlich denjenigen Verwertungsarten, die speziell im internationalen Verkehr von besonderer Bedeutung sind.

Welche Verwertungsarten sind nun aber auf nationalem und auf internationalem Gebiete zu verbieten, welche sind, auch wenn sie gewerblich erfolgen, als erlaubt zu betrachten?

1. Umfang des Rechtsschutzes nach schweizerischem Recht

Die Frage nach dem Umfange ist auf nationalem Boden, da auf Seiten der Verwertenden keine rechtlich relevanten Interessen bestehen³⁷, eine Angelegenheit der Zweckmäßigkeit, des opportunen Ermessens. Sie richtet sich nicht so sehr nach rechtlichen, sondern eher nach tatsächlichen Ueberlegungen und hängt davon ab, inwieweit das Verbot einzelner Verwertungsarten überhaupt praktischen Wert hat und einer zwingenden Notwendigkeit entspricht.

Da fällt sogleich auf, daß ein Verbot des *re broadcasting*, gemessen an der schweizerischen Regelung des Rundfunkwesens, praktisch von keiner Bedeutung ist. Denn es gibt in der Schweiz keinen Sender, von dem die Sendungen der Schweizerischen Rundspruchgesellschaft weiter ausgestrahlt werden könnten³⁸. Tritt die SRG als Verwerter auf, so kann die schweizerische Rechtsordnung von sich aus die Sendungen fremder Sendegesellschaften nicht schützen, solange eine internationale Regelung nicht vorliegt. Ebenso ist es ausgeschlossen, daß die innerstaatlichen Gesetze die Sendungen der nationalen Gesellschaft gegen eine Verwertung im Ausland schützen. Wir erkennen also, daß sich das ausschließliche Recht

³⁷ Vgl. § 15, II, S. 66 ff. und § 22, I, S. 90 ff.

³⁸ Den Amateursendern ist rebroadcasting von Rundspruchsendungen in den Vorschriften der Konzession nach öffentlichem Recht verboten.

an der Sendung zwar prinzipiell auf jede Art der Sendung und gegenüber jeder Verwertungsart auswirkt, daß aber ein Schutz der Sendung vor Verwertung durch rebroadcasting nach Maßgabe des internen Rechtes aus praktischen Gründen nicht erforderlich ist.

Aehnlich sind die Verhältnisse hinsichtlich der gewerblichen Verwertung der Sendung durch Drahtfunk. Auch hier ist auf nationalem Gebiete ein Schutz der Sendung deshalb nicht erforderlich, weil diejenigen Verwerter, die der innerstaatlichen Gesetzgebung unterliegen, in der Regel die Sendungen der SRG nicht auf drahtlosem Wege, sondern durch direkte Drahtverbindungen mit den Studios oder Landessendern erhalten, also nicht die radio-elektrische Sendung im eigentlichen Sinne, sondern die in elektrische Form gebrachte premiere audition verwerten. Die Regelung der Beziehungen zwischen der SRG und den Verwertern (Telephondirektion, Rediffusion A.-G.) erfolgt hier auf vertraglicher Basis, über deren Ausgestaltung nur die beiden Vertragsparteien zu entscheiden haben³⁹. Ein Verbot der Verwertung durch Drahtfunk scheint deshalb in casu nicht erforderlich zu sein, solange dieses nur nationale Gültigkeit haben kann. Hingegen wird es international erforderlich, wenn die Verwertenden eigentliche drahtlose Sendungen ausländischer Stationen ausbeuten⁴⁰. Anders würde es sich allerdings verhalten, wenn das System der Rundfunkvermittlungsanlagen in der Schweiz verbreitet wäre, wenn also ein Verwerter die Sendungen auf drahtlosem Wege empfängt und an Dritte gegen Entgelt weiterleitet. Dann freilich müßte die Sendung auch nach schweizerischem Recht gegen Verwertungen dieser Art geschützt werden, weil dann eine Rechtsbeziehung zwischen der SRG und dem Verwertenden nicht mehr besteht. Es ist jedoch wenig wahrscheinlich, daß diese Art der Verwertung in der Schweiz größeren Umfang

³⁹ Oder sie wird vom öffentlichen Recht bestimmt. Vgl. § 26, II, S. 130.

⁴⁰ Diese Art des Drahtfunkes wurde in den vergangenen Kriegsjahren von den privaten Gesellschaften und auch von der Telefonverwaltung durchgeführt, als die Erstellung von Drahtverbindungen zu den ausländischen Sendern verunmöglicht wurde.

annehmen wird, weil Konkurrenz und Vorzüge des eigentlichen Drahtfunks zu groß sind⁴¹.

Dagegen ist ein Schutz erforderlich gegen Lautsprecherherververbreitung und gegen Fixierung der Sendungen, weil diese beiden Verwertungsarten stark verbreitet sind. Hier kann der nationale Gesetzgeber einen wirksamen Schutz erreichen, weil zu einem großen Teil nur schweizerische Sendungen verwertet werden, nämlich aus Gründen der guten Empfangsqualität und Lautstärke, aber auch deshalb, weil die schweizerischen Landessender zu den im Inland am meisten empfangenen Stationen gehören.

Die SRG verlangt auch einen Schutz gegen die indirekte Verwertung der Sendung. Allerdings ist für diese Stellungnahme nicht maßgebend, daß die Sendung selbst als Arbeitsleistung der Sendegesellschaft geschützt werde, sondern nach dem Vorschlag von de Reding soll auf die urheberrechtliche Natur des übermittelten Sendegutes abgestellt werden⁴². Demnach sollen, im Gegensatz zum deutschen Entwurf, die Nachrichtensendungen nicht geschützt werden, da das Sendegut dem „domaine public“ angehöre. Jedoch ist es unserer Ueberzeugung nach nicht angezeigt, das Verbot der gewerblichen Verwertung von der urheberrechtlichen Natur des Sendegutes abhängig zu machen, denn wenn man diesen Grundsatz konsequent durchführen wollte, dann wäre ja auch die indirekte Verwertung solcher Sendungen gestattet, die nicht oder nicht mehr geschütztes Sendegut musikalischer oder literarischer Art enthalten. Maßgeblich kann für uns nur die in der Leistung enthaltene Arbeitsaufwendung der Sendegesellschaft, aber nicht das übermittelnde Sendegut sein. Die Rundfunknachrichten, die die SRG sendet, entspringen nur zum geringsten Teil ihrer eigenen Leistung; vielmehr werden sie von der schweizerischen Depeschenagentur gegen ein entsprechendes Entgelt bezogen und am Radio lediglich verlesen. Die Zeitungen, die ja haupt-

⁴¹ Die heute in der Schweiz vor allem in Spitälern, Heimen, Anstalten, Pensionaten usw. verwendeten Rundfunk-Vermittlungsanlagen basieren meist auf dem Telefonrundspruch, verwerten also keine Sendung im eigentlichen Sinne, sondern die Verwertung einer solchen.

⁴² De Reding S. 82/3.

sächlich als Verwerter der Nachrichtensendungen in Frage kommen, stehen ihrerseits mit der Depeschenagentur in vertraglichen Verbindungen und erhalten daher im Allgemeinen dieselben Nachrichten wie die SRG, sodaß sich eine Verwertung der Rundfunksendungen in dieser Hinsicht erübrigt. Wir kommen deshalb, wenn auch auf anderem Wege, zum gleichen Schluß wie die Vorschläge der SRG: ein Verbot der indirekten Verwertung von Nachrichtensendungen ist nicht erforderlich. Aber auch andere Sendungen sind der Gefahr einer indirekten gewerblichen Verwertung nicht in einem Ausmaße ausgesetzt, daß sich ein Verbot dieser Verwertungsart als unbedingt notwendig erweisen müßte. Die unmittelbare indirekte Verwertung der Sendung dürfte ohnehin schwer durchzuführen sein, da gesprochene Sendungen höchstens mittels Stenographie inhaltlich festgehalten und musikalische Darbietungen überhaupt nicht gleichzeitig niedergeschrieben werden können; die indirekte Verwertung wird vielmehr mittelbar, nach erfolgter Fixierung der Sendung auf Schallträger, stattfinden, und daher bewirkt das Verbot der Fixierung zugleich einen Schutz der Sendung vor indirekter gewerblicher Verwertung.

Die bevorstehenden Untersuchungen über den Umfang des Schutzes der Sendung nach schweizerischem Recht führen zu folgender Zusammenfassung⁴³:

Die schweizerische Rundspruchgesellschaft hat das ausschließliche Recht,

- a) gewerbsmäßig ihre Sendungen zur öffentlichen Wiedergabe durch Lautsprecher oder durch ähnliche technische Einrichtungen⁴⁴ zu benutzen;
- b) gewerbsmäßig die Sendung auf Bild- oder Schallträger zu übertragen, diese zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Im Abschnitt III, unten⁴⁵, wird zu erörtern sein, ob und unter welchen Bedingungen dieses ausschließliche Recht zur

⁴³ Dabei halten wir uns im Wesentlichen an den deutschen Entwurf, § 60, i. GRUR 1939, S. 252.

⁴⁴ Darunter sind Kombinationen von Lautsprechern und Bildwiedergabeeinrichtungen zu verstehen, weil der Schutz auch die Television umfassen soll.

⁴⁵ S. 106 ff.

Verwertung der Sendung an Dritte übertragen werden kann. § 25⁴⁶, unten, wird zeigen, in welchen rechtlichen Zusammenhang diese aus dem Recht an der Sendung sich ableitenden Schutzbestimmungen zu stellen sind.

2. Umfang des Rechtsschutzes nach internationalem Recht

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß gewisse Verwertungsarten nur auf internationalem Gebiet wirksam untersagt werden können, da sie zur Hauptsache im internationalen Radioverkehr zur Anwendung gelangen. Es ist daher das Avant-Projet von Samaden, über dessen rechtssystematische Stellung ebenfalls in § 25 zu reden sein wird, als zusätzliche internationale Quelle des Rechtsschutzes zur wirksamen Ergänzung der innerstaatlichen Regelung zu begrüßen.

Vor allem muß das internationale Recht das *rebroadcasting* untersuchen, ebenso wie die *Fixierung* der Sendung, die von zahlreichen Sendestationen im Hinblick auf ein mittelbares *rebroadcasting* durchgeführt wird. Ein Verbot des Drahtfunkes erübrigt sich auch auf internationalem Gebiete aus den bereits angeführten Gründen⁴⁷. Ein Verbot der Verwertung durch Lautsprecher nimmt das Avant-Projet gleichfalls nicht vor, überläßt es aber den nationalen Gesetzgebungen, die Sendungen auch in dieser Hinsicht stärker zu schützen.

Der Umfang des Rechtsschutzes nach internationalem Recht wird im Vorentwurf von Samaden⁴⁸ wie folgt umschrieben:

„Sans préjudice des droits de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique protégée d'après la Convention de Berne, l'émetteur de la radioémission jouit:

- a) du droit d'interdire la réémission de son émission;
- b) du droit d'interdire également l'enregistrement de son émission et de la réémission.

⁴⁶ S. 116 ff.

⁴⁷ Auch im internationalen Verkehr wird Drahtfunk meist durch direkte Drahtverbindungen bewerkstelligt.

⁴⁸ D. A. 1940, S. 134.

Die Untersuchungen über den Umfang des den Sendungen zu verleihenden Rechtsschutzes haben uns gezeigt, daß das ausschließliche Recht, welches die Sendegesellschaften nach schweizerischem und nach internationalem Recht de lege ferenda an ihren Sendungen erhalten sollen, kein absolutes Monopolrecht an den Sendungen schlechthin begründet, sondern daß es nur gegenüber einzelnen Verwertungsarten in Wirksamkeit tritt, daß es aber sonst den Rundfunkempfang in keiner Weise erschweren oder hemmen darf, denn sein Träger ist, wie übereinstimmend festgestellt wird⁴⁹, ein „service public“, der in der Ausübung seiner Rechte durch den Zweck seiner Handlungen beschränkt wird. Das ausschließliche Recht an der Sendung muß deshalb in der aufgezeigten Weise von der Rechtsordnung begrenzt werden.

II. Geltungsbereich des Rechtsschutzes

1. Sachlicher Geltungsbereich

Objekt des Rechtsschutzes ist die Rundfunksendung, wie sie in § 1, S. 1 ff. definiert wurde, welche im weitesten Sinne auch die Television einschließt. Es sei erneut festgehalten, daß nur die Sendungen im eigentlichen Sinne, also die in den Aether ausgestrahlten Radiowellen, eines Schutzes überhaupt bedürfen, denn nur sie sind, da sie sich jeder Beeinflussung seitens der aussendenden Gesellschaft entziehen, ohne ihr Zutun von jedermann verwertbar⁵⁰. Der Schutz der Sendung ist jedoch vom Inhalt des Sendegutes nicht abhängig, insbesondere nicht von dessen urheberrechtlicher Qualifikation.

2. Persönlicher Geltungsbereich

Der in der innerstaatlichen Gesetzgebung normierte Schutz der Sendung ist gegenüber jedermann wirksam; es wird nicht vorausgesetzt, daß der Verwertende auch Kon-

⁴⁹ Gilliéron S. 37, Jaccottet S. 42, Buser S. 57 a, de Reding S. 80.

⁵⁰ Vgl. § 16, S. 70 ff.

zessionär sei, es genügt, daß er tatsächlicher Hörer und als solcher zur Verwertung in der Lage ist. Daß er dadurch unter Umständen auch gegen Bestimmungen des öffentlichen Rechtes verstößt, ist in diesem Zusammenhange unerheblich. Die damit zusammenhängenden Fragen werden in § 26, I, unten⁵¹ behandelt werden.

Nach internationalem Recht ist der Schutz der Sendung, wie er im Avant-Projet von Samaden niedergelegt wurde, gegenüber allen unter der Rechtshoheit der den Entwurf ratifizierenden Staaten stehenden Rechtssubjekten wirksam. Ueberdies genießt jede Sendegesellschaft, die einem Vertragsstaate angehört, in jedem anderen Vertragsstaat den nach innerstaatlichem Recht festgelegten Schutz der Sendung (Art. 2 des Avant-Projet) gleich einem Inländer.

3. Zeitlicher Geltungsbereich, Schutzfristen

In den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes⁵² finden sich Bestimmungen über sogenannte Schutzfristen: das dem Rechtsträger zugestandene Recht auf ausschließliche Fruktifizierung der von ihm geschaffenen immateriellen Güter ist zeitlich begrenzt, nach Ablauf der Frist entfallen ihm die vermögensrechtlichen Vorteile. Diese Regelung ist in der Tatsache begründet, daß das immaterielle Gut, das verwertbar ist, eine bleibende Form gefunden hat, daß die Verwertung und Ausbeutung beliebig oft stattfinden kann. Anders ist es bei der Rundfunksendung, die nur einmalig, im Momente ihrer Entstehung, verwertet werden kann. Mit andern Worten: es gibt keine aufbewahrte, „konservierte“ Sendung in ihrer Urform. Die Verwertung beginnt und endet im gleichen Augenblick, da die zur Ausbeutung geeigneten Radiowellen beginnen und enden. Eine zeitliche Begrenzung der Schutzdauer oder eine Schutzfrist sind deshalb naturgemäß nicht möglich⁵³. Sowohl das italienische Urheberrechtsgesetz als auch der deutsche Entwurf sehen

⁵¹ S. 127 ff.

⁵² So im Urheberrechtsgesetz (Art. 36), im Gesetz betreffend die Erfindungspatente (Art. 10), im Musterschutzgesetz (Art. 8), im Markenschutzgesetz (Art. 8). Vgl. Troller S. 31 ff.

⁵³ Piola-Caselli, Kommentare zu Art. 79 des ital. URG.

die Festlegung einer Schutzfrist nicht vor. Sie wird auch von den der Samadener Konferenz nahestehenden Kreisen abgelehnt⁵⁴.

III. Erteilung der Verwertungserlaubnis

Die Sendegesellschaften dürften kein Interesse daran haben, ihr ausschließliches Recht an den Sendungen für sich zu behalten und jegliche Verwertung zu gewerblichen Zwecken schlechthin zu verbieten. Vielmehr werden sie den Interessenten, die um die Bewilligung zur Verwertung nachsuchen, die Erlaubnis im Allgemeinen ohne Weiteres erteilen, weil sie dadurch zu zusätzlichen Einnahmen kommen können. Das geht auch aus der von de Reding vertretenen Stellungnahme der SRG klar hervor, nach der zu schließen ist, daß die SRG die Verwertungserlaubnis gegen entsprechendes Entgelt jederzeit erteilen wird⁵⁵.

Die SRG schlägt vor, daß die Verwertung der Sendung durch rebroadcasting und durch Fixierung, sowie die indirekte Verwertung, nur mit Erlaubnis der Sendegesellschaft erfolgen darf, daß gegenüber diesen Verwertungsarten also das ausschließliche Recht an der Sendung in vollem Umfange bestehe, daß jedoch die Verwertung durch Lautsprecher erlaubt sei, sofern eine „rémunération équitable“ geleistet werde⁵⁶. Das bedeutet, daß diese Art der Verwertung, wenn sie gegen eine Entschädigung an die SRG erfolgt, stets als erlaubt zu betrachten ist, daß also in gewissem Sinne das Äquivalent zur urheberrechtlichen Zwangslizenz geschaffen wird.

Wir möchten diesen Vorschlag aus praktischen Erwägungen unterstützen, da die Verwertung der Sendung durch Lautsprecherwiedergabe die am meisten verbreitete Verwertungsart darstellt, die, wenn sie nicht ohne Entschädigung erfolgt, von der SRG nicht bekämpft wird und deshalb auch nicht durch das Einholen einer speziellen Verwertungserlaubnis unnötig erschwert werden soll. Das Bestehen dieser „Zwangslizenz“ än-

⁵⁴ D. A. 1940, S. 134.

⁵⁵ De Reding S. 81.

⁵⁶ De Reding S. 83.

dert jedoch nichts an der Tatsache, daß das ausschließliche Recht an der Sendung nach wie vor besteht. Dagegen dürfen die anderen Verwertungsarten, die prinzipiell der Sendegesellschaft vorbehalten sind, nur dann durchgeführt werden, wenn der Verwertende die Erlaubnis der Sendegesellschaft eingeholt und ein von ihr festgelegtes Entgelt geleistet hat. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß mit den erwähnten Verwertungsarten in der Regel ein größerer finanzieller Gewinn erzielt werden kann als mit der Lautsprecherwiedergabe, und diesen Gewinnchancen sind die mit der Verwertungserlaubnis im Einzelnen verbundenen Rechte und Pflichten des Verwertenden anzupassen⁵⁷.

Das Schrifttum, das sich mit dem privatrechtlichen Schutz der Sendung befaßt, äußert sich nicht zur Frage, wer im Einzelnen die Verwertungserlaubnis erteilen soll, wer die Gebühren einzuziehen hat, und nach welchen Gesichtspunkten diese Entschädigungen verteilt werden sollen. Wir möchten diesbezüglich folgende Regelung vorschlagen:

1. Die gewerbliche Verwertung durch Lautsprecherwiedergabe bedarf keiner besonderen Erlaubnis seitens der Sendegesellschaft, sofern dafür eine Entschädigung geleistet wird.

2. Die Erlaubnis zur Durchführung der übrigen, nach privatem Rechte den Sendegesellschaften vorbehaltenen Verwertungsarten müßte an und für sich stets bei derjenigen Gesellschaft eingeholt werden, deren Sendungen verwertet werden. Das scheint uns jedoch praktisch undurchführbar zu sein, weil einerseits nicht festgestellt werden kann, welche Sendung verwertet wurde, und weil andererseits der Verwertende schwerlich wird zum Voraus, oder auch kaum hinterher, angeben können, von welchem Sender er im Einzelnen die Verwertungserlaubnis anzufordern hätte. Vernünftiger und praktikabler scheint es uns zu sein, daß eine internationale Dachorganisation, etwa die UIR, die Verwertungsrechte wahrnimmt und sie ihrerseits den nationalen Sendegesellschaften zur Wahrung überträgt, sodaß

⁵⁷ So dürfte die Entschädigung für die Bewilligung dieser Verwertungsarten höher bemessen sein als bei der Lautsprecherwiedergabe.

diese dem einzelnen Verwertenden die Bewilligung zur Verwertung sämtlicher empfangbarer Sendungen erteilen können. Es würde dann eine ähnliche Lage eintreten wie hinsichtlich der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, die in der Schweiz von der Suisa wahrgenommen werden und durch internationale Uebereinkunft das ganze sogenannte Weltrepertoire umfassen; die Suisa kann daher auch die Aufführungsrechte von Werken ausländischer Autoren erteilen⁵⁸.

3. Um die Erwerbung der Verwertungsrechte noch einfacher zu gestalten, schlagen wir vor, daß die Erlaubnis in der Schweiz als einem Lande mit staatlicher Funkhoheit von der Konzessionsbehörde erteilt wird, mit der der Konzessionär ohnehin in einer Rechtsbeziehung steht, jedoch nicht, wie bisher, auf Grund öffentlichen Rechtes, sondern nach Maßgabe des zu schaffenden Rechtes an der Sendung, das ihr als „Bevollmächtigter“ der nationalen Sendegesellschaft zur Verwaltung übertragen würde, welche letztere innerstaatlich die Verwertungsrechte aller der UIR angeschlossenen Sendegesellschaften wahrte.

In der Praxis und nach außen wird sich somit, wenn die von uns vorgeschlagenen Regelungen auf Grund des ausschließlichen Rechtes an der Sendung Gesetzeskraft erlangt haben werden, nichts ändern: auch weiterhin wird die Generaldirektion PTT als Konzessionsbehörde die Erlaubnis zur gewerblichen Verwertung der Sendungen erteilen, jedoch nicht mehr aus eigener, öffentlich-rechtlicher Machtbefugnis⁵⁹, sondern auf Grund einer zwischen ihr und der SRG getroffenen Uebereinkunft, die im Einzelnen als Auftrags- oder Stellvertretungsverhältnis ausgestaltet sein kann. Die bestehenden Empfangskonzessionsarten brauchen dabei ihrem Inhalt nach nicht abgeändert zu werden. Die Konzession der Klasse IIa, die zur Verwertung durch Lautsprecherwiedergabe berechtigt, kann unserer Auffassung nach wie bisher von den örtlich zuständigen Telephondirektionen erteilt werden, weil, wie wir gesehen ha-

⁵⁸ Vgl. Streuli S. 30.

⁵⁹ Vgl. dazu aber § 26, I, S. 127 ff.

ben, zugunsten dieser Verwertungsart eine „Zwangslizenz“ besteht. Dagegen wird sich derjenige Konzessionär, der die Erlaubnis zur Vornahme der anderen gewerblichen Verwertungsarten erhalten will, direkt an die Generaldirektion PTT zu wenden haben, die nach dem Wortlaut von Art. 82 der VVO I zum TVG „die Gebühren und die übrigen Bedingungen von Fall zu Fall festsetzt“. Diese Bedingungen sind jedoch nicht mehr ausschließlich öffentlich-rechtlicher, sondern auch privatrechtlicher Natur, indem sie sich zum Teil⁶⁰ aus dem ausschließlichen Recht an der Sendung herleiten, dessen Verwertung die Sendegesellschaften der schweizerischen Konzessionsbehörde treuhänderisch übertragen haben.

IV. Die Entschädigung für die gewerbliche Verwertung

Die vom Verwertenden zu leistende Entschädigung ist rein privatrechtlicher Natur und findet ihren Rechtsgrund in der Erteilung der Verwertungserlaubnis, bzw. in der „Zwangslizenz“ zugunsten der Lautsprecherdarbietungen. Aber wem und nach welchen Gesichtspunkten muß sie von der Konzessionsbehörde, die sie ja nicht auf eigene Rechnung einzieht, überwiesen werden? Prinzipiell ist sie demjenigen Sender geschuldet, dessen Sendungen verwertet wurden, doch läßt sich dieser aus einleuchtenden Gründen gar nicht feststellen. Man könnte daran denken, sie der UIR zu überweisen, die sie nach einem besonderen Schlüssel, der etwa auf die Stärke der ihr angeschlossenen Sender, auf die Zahl der den einzelnen Sendegesellschaften zugehörigen Konzessionäre oder auf andere Kriterien abstellte, den einzelnen Mitgliedgesellschaften anteilmäßig zuführte. Jedoch müßte auch diese Regelung zu unpraktischen Resultaten führen. Besser scheint uns zu sein, daß die von schweizerischen Verwertern bezahlten Entschädigungen ausschließlich der SRG zur eigenen Verwendung übertragen werden, daß diese jedoch ihrerseits darauf verzichtet, Entschädi-

⁶⁰ Die öffentlich-rechtliche Grundlage dieser Bedingungen wird in § 26, I, S. 127 ff. behandelt werden.

gungen ausländischer Verwerter einzuziehen⁶¹. Diese Möglichkeit, auf dem ganzen Gebiete der UIR durchgeführt, scheint uns gerecht und billig zu sein und auch den tatsächlichen Gegebenheiten am ehesten zu entsprechen, da der Rundfunkhörer in der Regel nur die Sendungen seiner nationalen Sender verwertet wird, da nur sie genügend stark, klar und störungsfrei empfangen werden können. Die gewerbliche Verwertung ausländischer Sendungen würde daher hinsichtlich der Entschädigung nicht ins Gewicht fallen. Für das rebroadcasting gilt bereits heute unter den Mitgliedstaaten der UIR die stillschweigende Uebereinkunft, daß diese Verwertungsart ohne gegenseitige Entschädigung erfolgen darf⁶²; wir sehen keine Notwendigkeit, an diesem Zustande auch nach Verwirklichung unserer rechtspolitischen Postulate etwas zu ändern.

Mit diesen Ueberlegungen knüpfen wir an die in § 9, III, S. 39 f. aufgeworfene Frage nach der Rechtsgrundlage der in VVO I Art. 85, Abs. 3 erwähnten Entschädigung „an den schweizerischen Rundspruchdienst für die gewerbemäßige Verwertung der Rundspruchsendungen“ an, und wir erkennen jetzt, daß sowohl Rechtsgrundlage als auch Verteilung dieser Entschädigung erst in rechtspolitischer Sicht begründet und berechtigt erscheinen, daß sie jedoch nach der bestehenden Rechtsordnung jeder gesetzlichen Grundlage entbehren. Die erwähnte Bestimmung der VVO I wird auch nach Einführung des Rechtes an der Sendung bestehen können, jedoch wird das öffentliche Recht, in dessen Rahmen sie sich befindet, deren privatrechtliche Grundlage ausdrücklich oder stillschweigend erwähnen müssen.

⁶¹ Eine analoge Regelung gilt im Gebiete des Weltpostvereins bereits hinsichtlich der Posttaxen und hat sich gut bewährt.

⁶² De Reding S. 81 f.

§ 24. Verhältnis von Recht an der Sendung und Urheberrecht

I. Vorbemerkung

Es ist klar, daß jede gewerbliche Verwertung einer Rundfunksendung, in der neben der Arbeitsleistung der Sendegesellschaft auch ein urheberrechtlich geschütztes Werk enthalten ist, in das ausschließliche Recht nicht nur der Sendegesellschaft, sondern auch der Urheber und unter Umständen der vom Gesetz den Urhebern gleichgestellten Interpreten⁶³ eingreift. Der Urheber erteilt in der Regel die Erlaubnis zur funkmäßigen Sendung seines Werkes nur derjenigen Gesellschaft, mit der er in vertraglichen Beziehungen steht⁶⁴. Jeder Verwertende, der durch seine Handlungen eine neue Aufführung des Werkes für das Gehör (Lautsprecher, Drahtfunk, rebroadcasting) oder eine Fixierung des übermittelten Sendegutes vornimmt, begeht deshalb, wie wir bereits in § 14, II, S. 60 ff. erkannt haben, eine Urheberrechtsverletzung, da er zur Vor- nahme der Verwertungshandlungen zwar möglicherweise von der Sendegesellschaft, nicht aber vom Urheber des verwerteten Sendegutes berechtigt ist. Diesem Zustande gegenüber befanden sich die Urheber und Interpreten bisher praktisch in einer hoffnungslosen Lage. Sie mußten damit rechnen, daß die Sendung ihrer Werke von Dritten beliebig verwertet werden konnte, ohne daß sie die Möglichkeit gehabt hätten, ihre ausschließlichen Verwertungsrechte geltend zu machen⁶⁵. Zwar mußte derjenige, der auf Grund öffentlichen Rechtes zur Verwertung der Sendung befugt war, eine Gebühr für die gewerbliche Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke entrichten (VVO I Art. 85, Abs. 3), aber dieses nach öffentlichem Recht verliehene Verwertungsrecht stand im Gegensatz zu den ausschließ-

⁶³ URG Art. 4, Abs. 2.

⁶⁴ Iklé S. 78.

⁶⁵ Natürlich wäre dies, gestützt auf den in der *Revue Internationale de la Radioélectricité*, 1948, S. 342, auszugsweise wiedergegebenen Bundesgerichtsentscheid, theoretisch möglich, doch wird eine wirksame Durchführung des Rechtsschutzes bei der überaus großen Zahl von Verwertenden beinahe unmöglich sein.

lichen Urheberrechten und schaffte, wie wir in § 9, III, S. 38 ff. gesehen haben, eine Zwangslizenz für diejenigen Werke, deren Radiosendung der Urheber gestattet hatte. Es ist einerseits klar, daß diese Regelung an und für sich mit dem Wesen des Urheberrechtes überhaupt und mit den einzelnen urheberrechtlichen Befugnissen unvereinbar ist; denn indem die Konzessionsbehörde nach Maßgabe des zum Schutze des Radioverkehrs erlassenen öffentlichen Rechtes die Verwertung der Sendung gestattet, schafft sie zugleich eine wesentliche Voraussetzung für zahlreiche Urheberrechtsverletzungen. Es muß andererseits aber auch zugegeben werden, daß eine gewerbliche Verwertung der Sendung, der sich ja unter gewissen Vorbehalten weder die Konzessionsbehörde noch die Sendegesellschaften prinzipiell widersetzen, unmöglich wäre, wenn in jedem Einzelfall die Erlaubnis zur Verwertung des übermittelten Sendegutes vom jeweiligen Urheber eingeholt werden müßte. Wir befürworten deshalb aus praktischen Ueberlegungen die erwähnte Zwangslizenz, möchten jedoch anregen, daß sie im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit bei einer allfälligen Revision des Urheberrechtsgesetzes in dieses Gesetz ausdrücklich aufgenommen werde, womit der jetzt bestehende Konflikt zwischen öffentlichem und privatem Recht behoben werden könnte⁶⁶.

II. Konflikt zwischen Sendegesellschaft und Urheber

Dadurch, daß de lege ferenda ein Recht an der Sendung geschaffen werden soll, wird der soeben aufgezeigte Konflikt noch nicht behoben, sondern nur auf eine andere Ebene verlegt. Die Entscheidung darüber, ob mit der Sendung als Gesamtheit auch das urheberrechtlich geschützte Sendegut verwertet werden darf, liegt nun nicht mehr bei der Konzessionsbehörde, sondern bei der Sendegesellschaft. Sie schafft jetzt mit ihrer Erteilung der Verwertungserlaubnis die Voraussetzung zu Urheberrechtsverletzungen, und es ist vorauszusehen, daß sich die Urheber durch ihre verschiedenen Organisationen

⁶⁶ Vgl. dazu Iklé, S. 80, Anm. 6.

und Verwertungsgesellschaften dieser Gefahr widersetzen werden. Das ausschließliche Recht an der Sendung gibt zwar den Sendegesellschaften die Möglichkeit, die gewerbliche Verwertung ihrer Sendungen zu untersagen, doch werden die Sendegesellschaften im Allgemeinen die Verwertungserlaubnis erteilen, nicht zuletzt deshalb, weil ihnen dadurch willkommene Mehreinnahmen erwachsen. Das bedeutet aber, daß für die Urheber derselbe schutzlose Zustand eintritt wie zuvor, mit dem Unterschied allerdings, daß er im Ermessen der Sendegesellschaften begründet liegt und nicht mehr demjenigen der Konzessionsbehörde anheimgestellt ist. Es muß aber festgehalten werden, daß die von der Sendegesellschaft erteilte Verwertungserlaubnis nicht zugleich auch die Verwertung von urheberrechtlich geschütztem Sendegut gestattet; das wäre rechtlich auch gar nicht möglich⁶⁷. Vielmehr schafft sie nur die Möglichkeit einer solchen Verwertung, da sie eben die Rundfunksendung, die das geschützte Werk übermittelt, die aber natürlich nicht mit ihm identisch ist, zur Verwertung freigibt. Die Sendegesellschaft begeht daher keine Urheberrechtsverletzung, wenn sie die gewerbliche Verwertung ihrer Sendungen gestattet, denn daneben bleibt prinzipiell das Recht des Urhebers an seinen Werken ungeschmälert erhalten. Die Sendegesellschaft ist in dieser Hinsicht dem Herausgeber einer Zeitung vergleichbar, der den Nachdruck der publizierten Artikel gestattet, ohne indessen dadurch die urheberrechtlichen Fragen zu präjudizieren.

Das ausschließliche Recht an der Sendung steht daher zu den ausschließlichen urheberrechtlichen Befugnissen der Autoren in keinem rechtlichen Zusammenhang, wenngleich eine tatsächliche Beziehung vorliegt, weil die Verletzung von Urheberrechten durch die Erlaubnis der gewerblichen Verwertung der Sendung zweifellos begünstigt und erleichtert wird. Die Verwertung des urheberrechtlich geschützten Werkes bleibt daher nach wie vor dem Ermessen des Urhebers überlassen, und

⁶⁷ Höchstens vielleicht dann, wenn der Urheber seine Rechte hinsichtlich der durch die Rundfunksendung übermittelten und der Verwertung ausgesetzten Aufführung seines Werkes der Sendegesellschaft zusammen mit der Ermächtigung zur Sendung übertragen würde.

prinzipiell hat jeder Verwertende vorgängig seiner Verwertungshandlungen die Erlaubnis des Autors einzuholen⁶⁸.

Es ist selbstverständlich, daß eine solche Regelung nicht nur äußerst kompliziert, sondern geradezu unmöglich wäre. Auch wenn man davon absehen wollte, daß die Verwertungserlaubnis des urheberrechtlich geschützten Sendegutes beim jeweiligen Autor persönlich nachgesucht werden müßte, wenn man als die für die Erteilung der Verwertungserlaubnis zuständige Stelle die nationale Autorengesellschaft (Suisa, Schriftstellerverein, Mechanizenz etc.) bezeichnen wollte, würden die für die zahllosen Einzelfälle notwendigen administrativen Aufwendungen, die mit jeder Erlaubnis unweigerlich verbunden wären, in keinem vernünftigen Verhältnis stehen zum finanziellen Erfolg, der schließlich dem jeweiligen Autor zukommen würde.

III. Lösung des Konfliktes

Wir möchten daher die folgende Lösung vorschlagen:

1. Für diejenigen gewerblichen Verwertungsarten der Rundfunksendungen, die nach der bisherigen Erfahrung und aller Voraussicht nach in sehr großem Umfange durchgeführt werden und bei denen in der Regel urheberrechtlich geschütztes Sendegut zur Verwertung gelangt, wird eine **Z w a n g s - l i z e n z** eingerichtet. Wenn wir die verschiedenen Verwertungsarten nach diesen Gesichtspunkten betrachten, so ergibt sich uns ohne weiteres, daß die gewerbliche Verwertung der Sendung durch Lautsprecherdarbietung auch vom Standpunkte des Urhebers aus ohne spezielle Bewilligung erfolgen können muß. Wir schließen uns dabei den Argumenten von Iklé an, wonach der Urheber, der die Rundfunksendung seines Werkes billige, die Wiedergabe zu gewerblichen Zwecken durch Lautsprecher mit in den Kauf nehme⁶⁹. „Es kann dem Lautsprecherinhaber nicht zugemutet werden, sich im Einzelfall zu orientieren, ob er das gesendete Werk zur Lautsprecherwiedergabe be-

⁶⁸ Einfacher wäre es, wenn er gegen eine Pauschalgebühr das Weltrepertoire erwerben könnte.

⁶⁹ S. 95, Anm. 2.

nützen darf oder nicht, während es als durchaus angemessen zu bezeichnen ist, daß er eine gewisse pauschale Abgabe an den Urheber entrichtet“⁷⁰. Der Wortlaut von VVO I Art. 85, Abs. 3 ist daher auch unter diesem Gesichtspunkte beizubehalten: wer die Sendung durch Lautsprecherwiedergabe zu gewerblichen Zwecken verwerten darf, hat an die Konzessionsbehörde zuhanden der nationalen Autorengesellschaft eine Pauschalgebühr zu entrichten⁷¹.

Es scheint uns angebracht zu sein, daß in denjenigen Fällen, wo die Verwertung der Sendung auf Grund einer „Zwangslizenz“ erfolgen darf, auch die gleichzeitige Verwertung von urheberrechtlich geschütztem Sendegut auf Grund einer im Gesetz zu verankernden Zwangslizenz gestattet ist.

2. In den andern Fällen der gewerblichen Verwertung von Rundfunksendungen, die nur auf Grund einer eigens zu erwerbenden Erlaubnis im oben dargelegten Sinne durchgeführt werden dürfen, möchten wir das Einholen einer entsprechenden Erlaubnis der Autorengesellschaft befürworten, die der jeweiligen Verwertungsart anzupassen wäre. Bereits heute pflegt die Generaldirektion PTT in den individuell ausgestalteten Empfangskonzessionen der Klasse II den Verwertenden hinsichtlich der urheberrechtlichen Belange an die Suisa zu verweisen, von der er, namentlich im Falle einer Verwertung der Sendung durch Fixierung auf Schallträger, gegen ein entsprechendes Entgelt das „Weltrepertoire“ zu erwerben hat. Auch das im Schoße der UIR geltende stillschweigende Abkommen über re-broadcasting kann naturgemäß von sich aus die Verwertung von urheberrechtlich geschütztem Sendegut nicht gestatten; es bezieht sich jedoch in der Praxis hauptsächlich auf aktuelle Sendungen und Reportagen, deren Inhalt in der Regel irrelevant ist⁷². Literarische oder musikalische Sendungen werden im Interesse einer guten Wiedergabequalität meist mittels Telefonleitungen übertragen, was Verhandlungen mit der aussen-

⁷⁰ Iklé S. 95, Anm. 2.

⁷¹ Iklé S. 80, Anm. 6.

⁷² De Reding S. 81/2.

denden Sendestation erfordert, bei denen die urheberrechtlichen Fragen direkt geregelt werden können.

Auf diese Weise scheint uns das Verhältnis zwischen Recht an der Sendung und Recht am Werk in zufriedenstellender Weise gelöst zu sein. Die Errichtung einer Zwangslizenz für Werke, die auf radioelektrischem Wege ausgesendet wurden, ändert prinzipiell am Recht des Urhebers auf die alleinige Verwertung seiner Werke nichts, aber sie trägt den gegebenen Umständen und dem Wesen der Rundfunksendung am besten Rechnung⁷³, und durch sie wird ein bereits bestehender, kaum noch abzuwendender Zustand in gesetzlich geregelte Formen und unter Kontrolle gebracht, auch wenn zu erwarten ist, daß die Autoren und ihre nationalen und internationalen Organisationen diese Regelung wohl energisch ablehnen werden.

§ 25. Das Recht an der Sendung als gewerbliches Schutzrecht

Das ausschließliche Recht an der Sendung, das die Grundlage des Schutzes der Rundfunksendung bildet, haben wir als Recht *sui generis* kennengelernt, den gewerblichen Schutzrechten angehörig⁷⁴. Es schützt das immaterielle Erzeugnis menschlicher Tätigkeiten seiner gewerblich-wettbewerblichen Werte willen gegen Ausbeutung, will also dem Erzeuger einer besonders qualifizierten Leistung deren ausschließlichen Gewinn sichern⁷⁵.

Mit der nähern Charakterisierung und systematischen Eingliederung dieses und ähnlicher ausschließlicher Rechte haben sich vor allem die deutschen Theoretiker⁷⁶ und die dem Avant-

⁷³ Iklé S. 80, Anm. 6.

⁷⁴ Vgl. § 22, III, S. 95 ff. Diese Auffassung vertritt auch das Bundesgericht in seinem in der *Revue Internationale de la Radioélectricité*, 1948, S. 342 ff. veröffentlichten Entscheid.

⁷⁵ Troller S. 26, Iklé S. 146, Tabouis i. *ArchFR* 1933, S. 316.

⁷⁶ Hoffmann i. *ArchFR* 1932, S. 285 ff., UFITA 1939, S. 100, UFITA 1941, S. 80 ff.

Projet von Samaden nahestehenden Kreise⁷⁷ auseinandergesetzt, indem sie versuchten, das Recht an der Sendung dem großen Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes einzugliedern. Praktisch durchgeführt ist die rechtliche Qualifikation des Rechtes an der Sendung im italienischen Urheberrechtsgesetz. Im Folgenden sollen diese Vorschläge und Stellungnahmen kurz dargelegt werden.

I. Die deutsche Leistungsschutz-Theorie

In der Erkenntnis, daß das Urheberrecht durch extensive Gesetzesinterpretation und durch die Gesetze selbst in einer oft wesensfremden Art und Weise ausgeweitet und verwässert wurde, haben verschiedene deutsche Juristen, unter ihnen vor allem Hoffmann, nach einer Möglichkeit gesucht, auch solchen immateriellen Gütern einen wirksamen Rechtsschutz verleihen zu können, die entweder ihrem Wesen nach vom Urheberrecht nicht geschützt werden können, da sie nicht Werke nach Buchstabe und Geist des Gesetzes sind, oder die zwar urheberrechtlichen Schutz genießen, aber bei strenger und sinngemäßer Auslegung urheberrechtlicher Begriffe eben nicht als Werke bezeichnet werden dürften. Vor allem ging es darum, den ausübenden Künstler, den Schallplattenhersteller, die Sendegesellschaften und noch andere Erzeuger von materiellen Gütern in einer klaren, rechtlich einwandfreien und sauberen Weise gegen die Ausbeutung ihrer Leistungen und Schöpfungen zu schützen, ohne dadurch dem Urheberrecht wesensfremde Elemente einzuverleiben. Es wurde eine Gesamtrevision des deutschen Urheberrechtsgesetzes ins Auge gefaßt, die aber nie verwirklicht werden konnte. Immerhin sind die neuen Erkenntnisse in einzelnen Entwürfen und in einem reichhaltigen Schrifttum niedergelegt, das, wenn es auch in einzelnen Teilen von der damaligen politischen Ideologie allzustark beeinflußt war, in seinen prinzipiellen Erwägungen auch bei einer Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes Beachtung verdient.

⁷⁷ D. A. 1940, S. 133 ff.

Mittelpunkt der deutschen Rechtstheorie ist die Leistung, d. h. diejenige menschliche Tätigkeit, die ein materiell verwertbares, also Marktwert besitzendes, Umsatznutzen aufwerfendes, Gut erzeugt, die zustandekommt durch ein „persönliches Element, das der Leistung den besonderen Wert gibt“⁷⁸, oder durch die „Mischung persönlicher Elemente mit technisch-wissenschaftlichen Kräften, die diesem Persönlichen angepaßt sind“⁷⁹. Dieses persönliche Element besteht vor allem in einer individuellen Gestaltung, in einer eigenpersönlichen oder charakteristisch technischen Formgebung irgendwelchen Stoffes, die durchaus künstlerisch und qualitativ hochstehend sein kann, die jedoch insofern nicht schöpferisch ist, als sie keine Formgebung geistiger Ideen eigenen Ursprungs sondern meist nur formale Bearbeitung, häufig fremder Werke, oder Wiedergabe, Wahrnehmbarmachung, ist. Leistung ist also nicht Werk, ist aber auch nicht notwendigerweise Werkwiedergabe⁸⁰. Auch diejenige Leistung muß daher schutzwürdig sein, die sich nicht an urheberrechtsfähigen Werken betätigt⁸¹. Sie wird nicht ihrer äußeren Form wegen geschützt, sondern ihres immanenten immateriellen und verwertbaren Gehaltes wegen.

Nach dem Gesichtspunkte des tatsächlich-wirtschaftlichen Zweckes, der mit den einzelnen Leistungen verfolgt wird, unterscheidet die deutsche Theorie²⁸ zur Hauptsache die folgenden vier Kategorien:

1. Leistungen, die unter dem Oberbegriff der direkten, persönlichen Aufführung zusammengefaßt werden können, die sich in der Regel, jedoch keineswegs notwendigerweise, an urheberrechtlich geschützten Werken betätigen. Hierzu gehört vor allem die Leistung des ausübenden Künstlers, die gegen die Ausbeutungsgefahr durch Fixierung auf Schallplatten und durch Rundfunksendung geschützt werden soll.

⁷⁸ Hoffmann i. UFITA 1939, S. 100.

⁷⁹ Hoffmann a. a. O.

⁸⁰ Eine entgegengesetzte Meinung vertritt Elster i. UFITA 1941, S. 65.

⁸¹ Elster a. a. O. Aber auch die Auffassung von Piola-Caselli i. UFITA 1938, S. 3, daß der Leistungsschutz nur den Verwertern von Urheberrechten zukommen solle, scheint uns schon zu stark aufs Urheberrecht bezogen zu sein.

⁸² Hoffmann i. «Recht des schöpferischen Menschen», Berlin 1936, Festschrift der Akademie für deutsches Recht, S. 261 ff.

2. Leistungen, die in der Form von vorwiegend technisch-finanziellen Tätigkeiten entweder selbst Arten von Aufführungen unkörperlicher Form darstellen (Rundfunksendung, Television), oder die solche Aufführungen in körperlicher Form ermöglichen (Film, Schallplatte). Diese Kennzeichnung läßt erkennen, daß der besondere Wert, der solchen Leistungen innewohnt, in der Regel nur durch das Zusammenwirken mit den Leistungen ausübender Künstler erreicht werden kann.
3. Leistungen, die als Produkte besonderer beruflicher Tätigkeiten einen speziellen Marktwert erzeugen, der zum großen Teil in der Priorität liegt, den diese Leistungen gegenüber anderen, gleichartigen oder ähnlichen, besitzen (Presenachrichten)⁸³.
4. Leistungen, die, ohne daß sie urheberrechtlichen Schutz genießen würden, da sie nicht Werke im Sinne des Gesetzes sind, als Ausfluß einer gewissen eigenpersönlichen, bisweilen künstlerischen Aktivität zu werten sind (Brief, vertrauliche Mitteilungen, Titel).

Die deutsche Theorie glaubt, im Leistungsschutz eine ausreichende Möglichkeit gefunden zu haben, um Schutzobjekte aus der ihnen wesensfremden Umgebung des Urheberrechtes herauslösen zu können und zugleich einem erweiterten Kreise immaterieller Güter Schutz gegen kommerzielle Ausbeutung zu sichern⁸⁴. Neue technische Entwicklungen wie Rundfunksendung, Television und Film könnten wirksamer und sinngemäßer geschützt werden und würden keine übermäßig gewalttätige oder konstruierte Gesetzesinterpretation bedingen. Ueberdies bietet die Einführung des Leistungsschutzes die Möglichkeit, solche als schutzwürdig anerkannten Objekte unter einem generellen Gesichtspunkte zusammenzufassen und zu ordnen, die in den bestehenden Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes keine Aufnahme finden können. Auf diese Weise wird auch das von du Pasquier als Recht sui generis erkannte Recht des Schallplattenfabrikanten⁸⁵ und das Recht an der Sendung in einen

⁸³ Der Wettbewerb zwischen einzelnen Nachrichtenagenturen der Zeitungen besteht ja häufig in der Raschheit der Uebermittlung von Nachrichten.

⁸⁴ Vgl. dazu auch unsere Vorschläge in § 26, III, S. 122 ff.

⁸⁵ Du Pasquier S. 161 ff.

größeren gemeinsamen Rahmen gestellt und zugleich vom Urheberrecht abgegrenzt, mit dem es einige ähnliche Züge aufweist⁸⁶. Der Ausdruck „Leistungsschutz“ wird in der deutschen Theorie in einem umfassenderen Umfange verwendet als bei Iklé⁸⁷, wo er nur den Schutz der Leistung des ausübenden Künstlers betrifft.

Das deutsche Leistungsschutz-Prinzip unterscheidet sich dadurch von den anderen, sogleich zu erwähnenden Vorschlägen, daß es das ganze eher uneinheitliche Gebiet der verschiedenen Schutzobjekte unter einem gemeinsamen Oberbegriff zusammenfaßt und terminologisch vom Urheberrecht unterscheidet und trennt. Indessen folgt der Akademieentwurf⁸⁸ zwar den allgemeinen Grundsätzen des Leistungsschutzes, wählt aber für das ganze Rechtsgebiet eine Bezeichnung, die die inhaltliche Unabhängigkeit vom Urheberrecht nicht erkennen läßt, indem er nicht den von Hoffmann vertretenen Ausdruck des Leistungsschutzes wählt, sondern von „angrenzenden Rechtsgebieten“ spricht, nämlich von ans Urheberrecht angrenzenden, und diese Abhängigkeit wird noch dadurch unterstrichen, daß diese Rechtsgebiete im Rahmen des neuen Urheberrechtes geregelt werden sollen. Der Gesetzesentwurf ist also den ultimativen und konsequenten Forderungen der Dogmatiker nicht gefolgt; er nähert sich dadurch der Systematik des italienischen Urheberrechtsgesetzes und der Samadener Vorentwürfe.

II. Das Recht an der Sendung als „droit connexe“

Diejenigen Theoretiker und Gesetzgeber, die vom Recht an der Sendung als von einem angrenzenden Recht (*droit connexe*, *diritto connesso*) sprechen, geben zu erkennen, daß ihrer Ansicht nach das Recht an der Sendung und andere, ähnliche Rechte urheberrechtsähnliche Züge aufweisen. Der deutsche Entwurf und das italienische Gesetz sind sogar so weit gegangen, diese angrenzenden Rechtsgebiete im Rahmen des Urheberrechtsgesetzes niederzulegen und zu regeln. Auch das österrei-

⁸⁶ Vgl. dazu unsere Ausführungen unter II, unten.

⁸⁷ S. 115 ff.

⁸⁸ i. GRUR 1939, S. 252.

chische Urheberrechtsgesetz hat diesen Weg beschritten⁸⁹, und die Samadener Entwürfe lassen eine gleiche Absicht vermuten, auch wenn hier ein Anschluß an die Berner Uebereinkunft deshalb nicht vorgenommen wurde, weil einzelne unabhängige Konventionen mehr Aussicht auf möglichst zahlreiche Ratifikationen haben.

Für diese Angliederung an das System des Urheberrechtes, das dann allerdings von allen als wesensfremd erkannten Teilen befreit sein muß, gibt der italienische Gesetzgeber eine Begründung, indem er diese Rechte als *diritti connessi all'esercizio del diritto di autore* bezeichnet. In der Tat ist zuzugeben, daß diese Rechte zumeist im Zusammenhang mit der Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse akut werden, wenn auch gerade das Beispiel der Rundfunksendung zeigt, daß der Schutz auch dann notwendig ist, wenn kein urheberrechtlich geschütztes Sendegut verwertet wird; der Schutz gilt eben hier nicht der urheberrechtlich relevanten Aufführung, sondern der Sendung als Leistung an sich. Aus diesem Grunde lehnen wir auch eine allzu enge Verbindung zwischen Schutz der Leistung und urheberrechtlichen Gedanken ab. Insbesondere sind wir nicht der Meinung, daß der Schutz nur solchen Leistungen verliehen werden soll, die an urheberrechtlich schutzfähigen Werken sich betätigen⁹⁰.

Dagegen befürworten wir aus praktischen Gründen die Anfügung des Leistungsschutzes an das Urheberrechtsgesetz, weil einerseits die Ähnlichkeit der beiden Schutzobjekte nicht abgestritten werden kann⁹¹, und weil andererseits zahlreiche Bestimmungen, die nach geltendem Recht nur das Urheberrecht betreffen, auch für den Leistungsschutz Anwendung finden können, so insbesondere die zivil- und strafrechtlichen Uebertretungsfolgen. Auch in der Literatur wird die Angliederung des Leistungsschutzes ans Urheberrecht allgemein befürwortet⁹², und nur auf internationalem Gebiet empfiehlt es sich,

⁸⁹ Vgl. dazu Lißbauer S. 169/70.

⁹⁰ Elster i. UFITA 1941, S. 65. Vgl. auch Anm. 81.

⁹¹ D. A. 1942, S. 39, Elster i. ArchFR 1933, S. 86.

⁹² ArchFR, Sonderheft 6, 1933, S. 25 ff., insbesondere S. 31, Lißbauer S. 170.

nach dem Vorschlage der einzelnen Avant-Projets von Samaden die verschiedenen Leistungen in getrennten Uebereinkommen, die keinen äußern Zusammenhang mit der Berner Uebereinkunft aufweisen, zu schützen⁹³. Allerdings zeigt auch hier der Umstand, daß die Projets im Schoße der Berner Uebereinkunft ausgearbeitet wurden und auch nur für Unionsstaaten zur Anwendung gelangen sollen, die enge Verbindung mit dem Urheberrecht auf. Auch die Revisionskonferenz von Bruxelles vom Sommer 1948 anerkennt die Notwendigkeit eines Leistungsschutzes, der jedoch nicht in der BUe, sondern in einer besonderen Konvention niedergelegt werden soll⁹⁴.

III. Vorschlag für die Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes

In der Literatur ist wiederholt mit Nachdruck darauf hingewiesen worden, daß das Urheberrechtsgesetz als Kodifikation derjenigen Rechtsnormen, die sich mit dem Schutze des Urhebers hinsichtlich des von ihm geschaffenen Werkes befassen, nicht dadurch ausgeweitet werden darf, daß ihm wesensfremde und systemwidrige Elemente einverleibt werden. Insbesondere führe eine zu large Interpretation und Umkonstruierung der gesetzlichen Begriffe von „Urheber“ und „Werk“ zu einer Verwässerung der streng urheberrechtlichen Gedanken und zu einer Ausdehnung des ganzen Rechtsgebietes, die nur auf Kosten der präzisen Begriffsbestimmung und der Rechtsanwendung erfolgen könne und daher die Rechtssicherheit auf diesem Gebiete des Privatrechtes gefährde⁹⁵. Indem versucht wird, alle diejenigen Leistungen und anderen immateriellen Güter im Rahmen des eigentlichen Urheberrechtes zu schützen, die zur Zeit der Schaffung des Gesetzes noch nicht bekannt waren, sondern seither durch die technische Entwicklung neu erstanden sind, muß zwangsläufig das Urheberrechtsgesetz als bequeme Zufluchtsstätte für alle Schutzobjekte dienen, deren Zugehörigkeit zum gewerblichen Rechtsschutz im

⁹³ Vgl. Hoffmann i. UFITA 1941, S. 80, D. A. 1942, S. 39.

⁹⁴ D. A. 1949, S. 35.

⁹⁵ Elster i. ArchFR 1933, S. 80.

weitesten Sinne erkannt und deren mehr oder weniger starke Ähnlichkeit mit dem Urheberrecht festgestellt wurde, die aber in den übrigen Spezialgesetzen keine Aufnahme finden können. Auch wird versucht, durch gesetzliche Vermutungen dem Urheberrecht ein weit größeres Anwendungsgebiet zu verleihen, als dies nach dem Wesen dieser Rechtsmaterie als zulässig erscheint⁹⁶.

Für diese Ausweitung streng urheberrechtlicher Begriffe hat sich der schweizerische Gesetzgeber insofern entschieden, als er in URG Art. 4, Abs. 2 die auf Schallträger fixierte Interpretation eines urheberrechtlich geschützten Werkes ihrerseits als Werk bezeichnet. Das Bundesgericht hat sich in konstanter Rechtsprechung diesen Standpunkt zu eigen gemacht; es hat überdies die Vermutung geäußert, daß ein solchermaßen entstandenes Recht an der Interpretation im Zweifelsfalle auf den Schallträgerfabrikanten übergehe⁹⁷.

Es kann sich für uns im Rahmen dieser Arbeit nicht darum handeln, die Systemwidrigkeit dieser Lösung im Einzelnen aufzuzeigen. Wir verweisen dazu vor allem auf die Ausführungen von Iklé⁹⁸, denen wir uns völlig anschließen. Der Schutz der Interpretation und der Schallplatte kann auch nach unserer Auffassung kein Urheberrechtsschutz sein, weder originär noch derivativ; die Interpretation ist kein Werk im Sinne der urheberrechtlichen Prinzipien. Die vom Gesetz vorgenommene Einführung von Werken zweiter Hand mag eine elegante Lösung schwieriger Probleme darstellen, aber sie widerspricht eben dem Werkbegriff, der dem Urheberrecht zugrundeliegt, und der auf keinen Fall extensiv ausgelegt werden darf. Der vom Gesetzgeber und vom Bundesgericht angestrebte Rechtsschutz des Interpreten und des Schallplattenfabrikanten ist aber überdies kein vollständiger, da er nur dann wirksam werden kann, wenn die fixierte Interpretation ein „literarisches oder musikalisches Werk“ wiedergibt, wobei der Ausdruck „Werk“ hier zweifellos in urheberrechtlichem Sinne zu verstehen ist, d. h.

⁹⁶ Vgl. dazu BGE 62 II S. 245 ff.

⁹⁷ BGE 62 II S. 245 ff.

⁹⁸ S. 133 ff.

als urheberrechtlich geschützter Stoff nach Maßgabe der in Art. 1 bis 5 enthaltenen Aufzählung. Das bedeutet aber, daß der Schutz nicht der Interpretation an sich verliehen werden soll, sondern nur der durch die urheberrechtliche Natur des wiedergegebenen Stoffes qualifizierten. Aber auch der vom Gesetzgeber und vom Bundesgericht beabsichtigte Schutz des Schallplattenherstellers ist nur ein teilweiser, weil er nur dann überhaupt in Anspruch genommen werden kann, wenn der Schallträger eine eigentliche Interpretation enthält. Nicht geschützt werden also „Wiedergaben von Naturvorgängen (Tierlaute), öffentliche Veranstaltungen (Wettkämpfe etc.), Lehrplatten, Plaudereien, also gerade Fälle, die eine besondere Originalität aufweisen und daher dem gewerblichen Wettbewerb speziell ausgesetzt sind“⁹⁹.

All diesen Mißständen und den von verschiedener Seite angebrachten Begehren um Schutz weiterer Leistungen und immaterieller Güter¹⁰⁰ kann unserer Auffassung nach auf Grund des bestehenden Urheberrechtsgesetzes nicht genügend Rechnung getragen werden. Auch die Rundfunksendung findet, wie wir gesehen haben, im Rahmen des bis jetzt anerkannten Urheberrechts keinen Platz. Wir möchten deshalb vorschlagen, daß bei einer Revision des Urheberrechtsgesetzes eine scharfe und konsequente Trennung vorgenommen werde zwischen solchen Bestimmungen, die sich ausschließlich auf den Urheber beziehen und ihm Rechte an seinen Werken, d. h. an seinen eigenpersönlichen künstlerischen Formgebungen geistiger Ideen, verleihen, und Bestimmungen, die verwandte Schutzrechte nach den Grundsätzen des deutschen Leistungsschutzes betreffen, zu denen dann die Rechte an der Interpretation, an der Schallplatte und der Rundfunksendung gehören. Der Zusammenfassung beider Gebiete im gleichen Gesetz stehen nach unserer Ueberzeugung keine schwerwiegenden Gründe entgegen. Vielmehr bietet sie namentlich in praktischer Hinsicht bedeu-

⁹⁹ Iklé S. 138.

¹⁰⁰ Schutz der Rundfunksendung, der Schallplatte, der Zeitungsnachrichten, von Titeln, Schutz der Leistung des Filmproduzenten vgl. dazu Hoffmann i. «Recht des schöpferischen Menschen», S. 262 f., de Boor, i. D. A. 1941, S. 123, Ostertag i. D. A. 1939, S. 62 ff., Iklé S. 145 ff.

tende Vorteile, und sie läßt sich auch dadurch rechtfertigen, daß der Rechtsschutz in der Mehrzahl aller Fälle solchen Leistungen verliehen wird, die mit urheberrechtlichen Befugnissen in Zusammenhang stehen.

Wir möchten in diesem Zusammenhange insbesondere auf die Systematik des italienischen Urheberrechtsgesetzes von 1942¹⁰¹ hinweisen, die für eine Revision des schweizerischen Gesetzes richtungweisend sein kann, auch wenn der schweizerische Gesetzgeber im Einzelfalle den Erkenntnissen des italienischen Gesetzes nicht in jeder Hinsicht folgen können. Aus der nachstehenden Zusammenstellung der wichtigsten Titel und Ueberschriften läßt sich die prinzipielle Systematik, wie auch wir sie für das schweizerische Recht befürworten, sofort erkennen:

Titolo I:	Disposizioni sul diritto di autore
Capo I:	Opere protette
Capo II:	Soggetti del diritto
Capo III:	Contenuto e durata del diritto di autore
Capo IV:	Norme particolari sui diritti di utilizzazione economica per talune categorie di opere
Capo V:	Utilizzazioni libere
Titolo II:	Disposizioni comuni ai diritti connessi all'esercizio del diritto di autore
Capo I:	Diritto dei produttori di dischi fonografici e di apparecchi analoghi
Capo II:	Diritti relativi alla emissione radiofonica
Capo III:	Diritti degli attori, degli interpreti e degli artisti esecutori
Capo IV:	Diritti relativi a bozzetti di scene teatrali
Capo V:	Diritti relativi alle fotografie
Capo VI:	Diritti relativi alla corrispondenza epistolare ed al ritratto

¹⁰¹ Deutsche Uebersetzung i. UFITA 1941, S. 265 ff.

- Capo VII: Diritti relativi ai progetti di lavori di ingegneria
- Capo VIII: Protezione del titolo, delle rubriche, dell'aspetto esterno dell'opera, degli articoli di notizie. Divieto di alcuni atti di concorrenza sleale

Titolo III: Disposizioni Comuni¹⁰²

Eine entsprechende Aufteilung in eigentliche Urheberrechte und verwandte Schutzrechte nimmt auch das österreichische Urheberrechtsgesetz von 1936 vor¹⁰³, das neben dem italienischen die modernste Kodifikation des Urheberrechtes in Europa darstellt.

Indem der schweizerische Gesetzgeber bei einer allfälligen Revision des Urheberrechtsgesetzes dem italienischen und österreichischen Vorbilde folgt, ermöglicht er nicht nur einen wirksamen Schutz der Rundfunksendung, dessen Grundlagen in dieser Arbeit aufgezeigt sind, sondern er bringt darüber hinaus Ordnung, Klarheit und Uebersicht in das Gebiet des Urheberrechtes und schafft die rechtlichen Grundlagen für den Schutz weiterer Leistungen, der von ihm von den verschiedensten Seiten energisch verlangt wird. Ueberdies trägt er der technischen Entwicklung Rechnung, die sich seit Inkrafttreten des alten Gesetzes von 1922 vollzogen hat und die heute eine ganz neue Ausgangslage schafft. Der privatrechtliche Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung fügt sich dann den angrenzenden Schutzrechten sinngemäß und harmonisch an und findet, zusammen mit anderen Schutzbestimmungen, im erweiterten und erneuerten Urheberrechtsgesetz Unterkunft.

¹⁰² Hierzu gehören u. a. Vorschriften über Registrierung und Hinterlegung von Werken und Werkexemplaren, Uebertragung der Verwertungsrechte, Strafbestimmungen und Rechtsbehelfe, Abgaben, Organisation der Verwertungsgesellschaft, Festlegung des Anwendungsbereiches usw.

¹⁰³ Lißbauer S. 169/70.

§ 26. Recht an der Sendung und staatliche Funkhoheit

Das Verhältnis zwischen dem Recht an der Sendung, das de lege ferenda der schweizerischen Rundspruchgesellschaft und nach Möglichkeit auch auf internationalem Gebiete verliehen werden soll, und der Funkhoheit, die sich der Bund prinzipiell vorbehalten hat, muß hier noch in doppelter Hinsicht näher untersucht werden.

Einmal gilt es zu entscheiden, ob die gewerbliche Verwertung der Rundfunksendung nach öffentlichem Rechte als gestattet zu betrachten ist, wenn ihr auf Grund der Zwangslizenz oder einer besonderen Erlaubnis nach privatem Recht keine Hindernisse mehr im Wege stehen, oder ob neben der privatrechtlichen Bewilligung, die sich auf das Recht an der Sendung stützt, auch noch eine öffentlich-rechtliche einzuholen ist, die ihren Grund im Radioregal des Bundes findet. Und ausserdem stellt sich noch die wichtige Frage, ob das öffentliche Recht dem Staat die Möglichkeit gibt, selbst Sendungen zu verwerten, indem er Telefonradio betreibt, oder ihm das Recht an der Sendung insofern wie jedem anderen Verwertenden Schranken auferlegt, als er auch eine Verwertungserlaubnis einzuholen und die entsprechenden Gebühren zu leisten hat.

I. Die öffentlich-rechtliche Verwertungserlaubnis

Wer eine Sendung gewerblich verwerten will, kann das nur tun, wenn er die Rundfunksendung zuvor auf radio-elektrischem Wege empfangen hat, d. h. wenn er nach Maßgabe des öffentlichen Rechtes befugt war¹⁰⁴, oder aber wenn er Schwarz Hörer ist, also die Bestimmungen des öffentlichen Rechtes verletzt hat. Voraussetzung zur Verwertung ist der Empfang, und dieser wiederum bleibt als Teil des staatlichen Radioregals ursprünglich dem Staate selbst vorbehalten und kann vom Privaten nur auf Grund einer besonderen Ermächtigung, einer Konzessionserteilung, vorgenommen werden. Die Ertei-

¹⁰⁴ Vgl. § 7, S. 29 ff.

lung einer privatrechtlichen Erlaubnis zur Verwertung der Rundfunksendung ist also nur für denjenigen von praktischem Wert, der zum Empfang an sich berechtigt ist¹⁰⁵.

Nach bestehendem Recht ist, wie wir gesehen haben¹⁰³, einzig die Konzessionsbehörde zuständig, die Verwertungserlaubnis zu erteilen. Diese Kompetenz ergibt sich ausschließlich aus dem staatlichen Radioregal, denn die Verwertung ist unter dem Gesichtspunkte des Radioverkehrs ein besonders geartetes Empfangen. Indem der Staat sich die Gesetzgebungskompetenz über den Radioempfang vorbehalten hat, kann er nach seinem Belieben Vorschriften über Erstellung, Betrieb und Benützung radio-elektrischer Empfangsanlagen aufstellen. Er kann bestimmen, welchen Umfang das „Sondernutzungsrecht an Radioelektrizität, die den öffentlichen Rundspruch vermittelt“¹⁰⁷ im Einzelfall haben soll. Aber das öffentliche Recht kann das Benützen der Empfangsanlage nur insofern regeln, als dieses die Teilnahme an der Sendung als einem Bestandteil des Radioverkehrs betrifft; über die Sendung als Arbeitsleistung der Sendegesellschaft kann es keine Gewalt haben. De lege ferenda ist die Sendegesellschaft Trägerin des ausschließlichen Rechtes an der Sendung, denn sie allein hat die Leistung erzeugt und die ihr immanente Verwertbarkeit geschaffen¹⁰⁸. In rechtspolitischer Sicht ist die Lage daher die folgende:

1. Für die Rundfunksendung als immaterielles Gut nach den Prinzipien des Leistungsschutzes ist allein das private Recht zuständig, und die Verwertung der Sendung kann einzig von der Sendegesellschaft gestattet werden.
2. Für die Rundfunksendung als physikalische Erscheinung dagegen, als Bestandteil des Rundfunkverkehrs, ist das öffentliche Recht zuständig, und es bestimmt auf der Grundlage des staatlichen Radioregals, ob die Sendung unter diesem Gesichtspunkte verwertet werden darf.

¹⁰⁵ Das ergibt sich schon daraus, daß nach unserem in § 23, III, S. 102 ff. wiedergegebenen Vorschlag ja die Konzessionsbehörde die privatrechtliche Verwertungserlaubnis erteilen soll.

¹⁰⁶ Vgl. § 8, II und III, S. 35 ff., Buser S. 83 a.

¹⁰⁷ Buser S. 83 a.

¹⁰⁸ Vgl. dazu aber unsere Ausführungen S. 131 ff.

Wird nun aber das Recht an der Sendung durch das Recht des Staates auf Regelung des Funkverkehrs aufgehoben, oder tritt das eine Recht in der Weise zum anderen hinzu, daß der Verwertende zwei verschiedene Erlaubnisse einzuholen hat? Oder mit anderen Worten: Wird nach Schaffung des ausschließlichen Rechtes an der Sendung die in der VVO I zum TVG enthaltene Unterscheidung mehrerer Empfangskonzessionsarten überflüssig und genügt nach öffentlichem Recht eine einzige Konzessionsart (Radorundspruch-Empfangskonzession der Klasse I in einer der neuen Sachlage angepaßten Fassung), da doch die Sendegesellschaften nach privatem Recht über die Verwertung ihrer Sendungen zu entscheiden haben?

Wir sind der Ansicht, daß die Konzessionsbehörde auch dann über die Verwertung der Sendung zu entscheiden hat, wenn das Recht an der Sendung eingeführt sein wird, aber nicht mehr, wie nach der heutigen Regelung, ausschließlich aus eigener Machtvollkommenheit, sondern gestützt auf zwei verschiedene Rechtsgründe, deren einer ihr auf Grund des staatlichen Radioregals zusteht, und deren anderer ihr in der bereits erwähnten Weise von den Sendegesellschaften treuhänderisch übertragen wurde¹⁰⁹. Es wird dann folgende Lage eintreten:

- a) Jedermann, der Rundfunksendungen gewerblich verwerten will, hat sich zunächst an die Konzessionsbehörde zu wenden und um Erteilung der entsprechenden Empfangskonzession nachzusuchen. In dieser Konzession sind Vorschriften enthalten, die die Benützung der Empfangsanlage zum Schutze des Radioverkehrs regeln. Auf Grund öffentlichen Rechtes wird dann dem Bewerber die Erlaubnis erteilt, die Sendung in der vorgesehenen Weise zu verwerten.
- b) Die Konzessionsbehörde erteilt aber gleichfalls stellvertretend für die der UIR angeschlossenen Sendegesellschaften die privatrechtliche Erlaubnis zur Verwertung der Arbeitsleistungen.

¹⁰⁹ Vgl. § 23, III, S. 106 ff.

- c) Indem so die zur Verwertung nötigen Bewilligungen von einer Stelle erteilt werden und auch die Gebühren (unter Einschluß der für die Erwerbung des urheberrechtlichen „Weltrepertoires“ notwendigen) an eine einzige Stelle zu bezahlen sind, die sie ihrerseits den Berechtigten weiterleitet, wird die Erteilung der Verwertungserlaubnis ganz wesentlich vereinfacht, ohne daß es zwischen dem Recht an der Sendung und der staatlichen Funkhoheit zu einem Konflikt zu kommen braucht¹¹⁰.

II. Der Staat als Verwerter der Rundfunksendung

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß unter Umständen auch der Staat als Verwerter von Rundfunksendungen auftreten kann, nämlich dann, wenn er durch die Telefonverwaltung öffentlichen Telefonrundspruch durchführen läßt¹¹¹. Diese Möglichkeit hat er sich in Art. 1 des TVG ausdrücklich vorbehalten; sie ergibt sich aus dem Radioregal des Bundes und ist in VVO I Art. 87 näher ausgeführt. Jedoch vollzieht sich der Telefonrundspruch in der Schweiz nicht auf Grund einer Verwertung der Rundfunksendung im eigentlichen Sinn; es wird also nicht die auf radio-elektrischem Wege ausgestrahlte Sendung gewerblich verwertet, sondern die PTT-Verwaltung empfängt die *première audition*¹¹² auf dem Drahtwege, indem sie die Leitungen zu den einzelnen Landessendern errichtet. Sie verwertet daher nicht die Sendung, wie wir sie früher umschrieben haben, sondern nur einen Teil der Arbeitsleistung der Sendegesellschaft, indem die Aussendung von Radiowellen, die die technische Uebermittlungsform der Leistung darstellt, für den Telefonrundspruch unerheblich ist. Die gewerbliche Verwertung durch Telefonrundspruch ist daher auch dann möglich, wenn das radio-elektrische Aussenden des Sendegutes aus irgend einem Grund unterbrochen oder gestört ist.

¹¹⁰ Auf diese Weise wird zugleich eine wirksame Kontrolle erreicht, durch die nicht nur die Ansprüche der Konzessionsbehörde, sondern auch diejenigen der Sendegesellschaften und der Urheber geschützt werden können.

¹¹¹ Vgl. § 13, I, S. 52.

¹¹² Oder die in elektrische Schwingungen umgewandelte *première audition*.

Obschon also die Verwertung der Sendung durch staatlichen Telefonrundspruch eigentlich nicht im Rahmen dieser Arbeit erörtert werden kann, da hier ausschließlich die Sendung im umschriebenen Sinne betrachtet wird, muß doch festgehalten werden, daß auch diese Verwertungsart als Ausbeutung eines Teils der Arbeitsleistung der Sendegesellschaft zu gelten hat und das ausschließliche Recht an der Sendung¹¹³ verletzt, selbst wenn sie vom Staat vorgenommen wird. Indessen steht es dem Bunde frei, sich in den Bestimmungen der Sendekonzession das Recht auf Ausbeutung der Arbeitsleistung der SRG zu reservieren.

Eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auch auf die première audition ist nicht erforderlich, da die Arbeitsleistung der Sendegesellschaften nur in derjenigen Form geschützt werden soll, die der Ausbeutung durch die breiteste Öffentlichkeit ausgesetzt ist, also in der Form der eigentlichen Rundfunksendung. Eine gewerbliche Verwertung der première audition allein kann ja ohne Wissen der Sendegesellschaft gar nicht vollzogen werden, und von einer Ausbeutung kann hier insofern nicht gesprochen werden, als der Staat kraft der auf seiner Funkhoheit beruhenden Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des Radioverkehrs die freie Verfügungsmacht der Sendegesellschaft über ihr Arbeitsprodukt einschränken kann¹¹⁴.

In diesem Zusammenhange erhebt sich überdies für die schweizerische Rechtslage die Frage, ob nicht auch der Bund als Mit-Erzeuger der Leistung ein Recht an der Sendung erwerbe, das sich gleichfalls nach den Gesichtspunkten des Leistungsschutzes bemesse und vom Recht auf Schutz des Radioverkehrs unterscheide. Das schweizerische Rundspruchwesen ist ja bekanntlich in der Weise organisiert, daß die SRG den Programmdienst, die Generaldirektion der PTT-Verwaltung dagegen den technischen Sendedienst durchführt¹¹⁵. Nun bildet aber auch die Tätigkeit des Sendedienstes einen wesentlichen Bestandteil derjenigen Leistungen, die das Zustandekommen

¹¹³ Besser wohl: an der Leistung schlechthin, die wegen ihrer gewerblichen Verwertbarkeit geschützt werden soll.

¹¹⁴ Vgl. Buser S. 70 a.

¹¹⁵ Buser S. 76 a, vgl. dazu § 3, II, S. 13 f.

der Sendung, also auch deren Verwertbarkeit und Schutzwürdigkeit, ermöglichen. Denn ohne die durch die Generaldirektion PTT erfolgende radio-elektrische Aussendung wird ja die Schaffung eines Rechtes an der Rundfunksendung gar nicht aktuell, weil ohne sie von einer Sendung im eigentlichen Sinne des Begriffes gar nicht gesprochen werden kann. Das Recht an der Sendung müßte daher teilweise der SRG für die Durchführung des Programmdienstes und teilweise der Generaldirektion PTT für die Durchführung des technischen Sendedienstes zustehen, da nur beide Arbeitsleistungen zusammen das gewerblich verwertbare und schutzwürdige immaterielle Gut erzeugen. In der Tat stellt das schweizerische Rundspruchwesen in tatsächlicher Hinsicht eine Einheit dar, die sich aus staatlichen Organen (Generaldirektion PTT) und aus privatrechtlichen Konzessionsnehmern (SRG) zusammensetzt und nur in ihrem einheitlichen Zusammenwirken einen „service public“ darstellt.

Bei der Entscheidung der Frage, ob deshalb auch die Generaldirektion PTT und in letzter Linie der Bund ein ausschließliches Recht an dem Teil der von den schweizerischen Landesendern ausgestrahlten Sendungen haben soll, den die staatlichen Organe erzeugt haben, ist vor allem davon auszugehen, daß der Bund in seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete des Radiowesens die Möglichkeit hat, alle zum Schutze der Sendung notwendigen Bestimmungen auf Grund eigener Rechtstitel zu erlassen, während die Sendegesellschaften bis anhin über solche Rechtstitel nicht verfügten. Indem wir in der Gesamtheit der Sendung die Leistung der Sendegesellschaft als die überwiegende und vorherrschende anerkennen und feststellen, daß sie in weit größerem Ausmaße das immaterielle, gewerblich verwertbare Gut schafft als die Leistung des Sendedienstes¹¹⁶, sehen wir keine zwingende Notwendigkeit, auch dem Bund ein ausschließliches Recht an der Sendung zuzuerkennen, da seine Interessen durch das öffentliche Recht in ausreichender Weise geschützt werden können.

¹¹⁶ Sie schafft doch eigentlich nur die physikalische Fortbewegungsform, das Transportmittel, für die Leistung der Sendegesellschaft.

Anhang :

Der privatrechtliche Schutz des Rundfunkprogramms

I. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

Die Entwicklung der schweizerischen Radioprogramme¹

Schon in den Anfangszeiten des schweizerischen Radiowesens, als der Sendebetrieb von einzelnen regionalen Radiogenossenschaften durchgeführt wurde, erschienen Publikationen, die der Öffentlichkeit über die Emissionen der schweizerischen und einiger ausländischer Radiostationen, soweit diese nach dem damaligen Stand der Sende- und Empfangstechnik überhaupt empfangen werden konnten, Auskunft gaben. In Zürich erschien am 11. Juli 1924 zum erstenmal das „Radio-Programm“ als offizielles Organ der Radiogenossenschaft Zürich. Außerdem existierte die mehr technisch orientierte „Radiobau-Zeitung“, die sich vor allem mit Bastlerproblemen befaßte, daneben aber auch einen Programmteil enthielt. Unabhängig davon erschienen auch Programmzeitschriften in Basel und Bern. Allerdings stellte das Basler Programm 1927 sein Erscheinen ein, und die Zürcher Publikation vereinigte sich mit der „Radio-Bau-Zeitung“, sodaß von 1927 an für die deutschsprachige Schweiz zwei unabhängige Programme existierten, die sich nicht ergänzten, sondern in mehr oder weniger offener Konkurrenz zueinander standen. Beide nannten sich „offiziell“ und wurden von den Radiogenossenschaften herausgegeben. Als 1930 das Berner Programm sein Erscheinen einstellte, wurde zur Herausgabe einer neuen Programmschrift die A. G. für

¹ Die nachfolgenden Darlegungen entnehmen wir den Jubiläumsschriften «10 Jahre Schweizer Rundspruch», und «25 Jahre Radio Zürich» von J. Job, S. 111 ff.

Radiopublikationen, AGRAP, Bern, gegründet, die eine eigentliche Radiozeitung mit dem Charakter eines illustrierten Blattes, nicht mehr nur eines Programm-Bulletins, publizierte: die „Schweizer Radio-, Grammo-, Tonfilm-Illustrierte“. Im Zeitpunkt der Gründung der schweizerischen Rundspruchgesellschaft und der Vereinheitlichung des Radiowesens unter einer einzigen Sendekonzession bestanden also weiterhin zwei Programmschriften für die deutschsprachige Schweiz: das von der AGRAP herausgegebene Berner Organ, die „Schweizer Radio-Illustrierte“, und das von der Radiogenossenschaft Zürich im Eigenbetrieb herausgegebene „Radio-Programm“; in der westlichen Schweiz erschienen die „Radio-Actualités“, im Tessin die Radioprogrammschrift „Radioprogramma“.

Erst 1934 gelang es, die beiden deutschschweizerischen Organe zusammenzulegen, die nun gemeinsam von der AGRAP herausgegeben und von Ringier & Co. A. G., Zofingen, redigiert und gedruckt werden. Auch heute existieren indessen noch zwei Programmvorschaue: die „Schweizer Radio-Zeitung“, die neben dem eigentlichen Programmteil auch literarische, feuilletonistische, illustrierte und andere Beiträge enthält², durch welche aus einer bloßen Programmschrift eine illustrierte Zeitung für die Radiohörer wurde, und der „Radio-Hörer“, der neben den in- und ausländischen Programmvorschaue nur wenige Mitteilungen mehr tatsächlicher und technischer Natur enthält.

B. Die Pflicht zur Bekanntgabe der schweizerischen Programme

Nach Gründung der schweizerischen Rundspruchgesellschaft am 24. Februar 1931 stand dem Bund als dem Inhaber der Funkhoheit nur noch eine einzelne Rechtsperson gegenüber, der eine einzige, umfassende Sendekonzession verliehen wurde³. In § 13 dieser Konzession wird der SRG die Pflicht auferlegt, „vollständige Programme in ihren eigenen Publika-

² Den eigentlichen Radio-Programmteil besorgt und redigiert die AGRAP, während der übrige Teil von einer eigenen Redaktion im Rahmen von Ringier & Co. A. G. zusammengestellt wird.

³ Birch S. 77.

tionsorganen rechtzeitig und ungekürzt zu veröffentlichen“⁴, und zwar, dem sprachlichen Aufbau des Bundes und der Organisation des Sendewesens in drei regionalen Landessendern entsprechend, in den drei Amtssprachen. Diese Pflicht zur Veröffentlichung einer Programmvorschau ergibt sich unserer Auffassung nach aus der „service public“-Natur des schweizerischen Rundspruchs⁵ und bildet ein Korrelat zu der in § 1 aufgestellten Betriebspflicht⁶. Analog liegt der Fall bei den vom Bund konzessionierten privaten Eisenbahnunternehmungen, die ihrer Natur nach ebenfalls öffentliche Unternehmungen sind; ihnen ist gleichfalls die Pflicht zur Bekanntgabe von Taxen, Fahrzeiten etc. auferlegt⁷.

Daß der schweizerische Rundspruchhörer einen Anspruch auf Bekanntgabe der schweizerischen Radioprogramme habe⁸, scheint uns zuzutreffen; allerdings würde dieser u. E. auch dann erfüllt, wenn die Programmvorschau durch den Sender mitgeteilt oder sonstwie der Oeffentlichkeit bekanntgegeben würde⁹. An und für sich wären also die verschiedensten Publikationsmöglichkeiten gegeben, wie etwa individuelle Mitteilung an die Konzessionäre, Veröffentlichung der Programme in bereits bestehenden Zeitungen etc., doch schreibt § 13 der Sendekonzession vor, daß die Veröffentlichung in den „eigenen wöchentlichen Publikationsorganen“ zu erfolgen habe.

Der Hinweis, daß die erwähnten radio-eigenen Publikationsorgane „offiziell“ seien, kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß die in ihnen enthaltenen Programme unter der Verantwortlichkeit der SRG publiziert werden und den von ihr,

⁴ Buser S. 231 a.

⁵ Vgl. § 5, I, S. 25.

⁶ Birch S. 44 ff.

⁷ Vgl. dazu die Fahrplan-Verordnung zum Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen, bei Heß: Eisenbahngesetzgebung des Bundes, S. 464 ff.

⁸ Buser S. 231 a.

⁹ Wiederum kann der Vergleich mit den Eisenbahnunternehmungen herangezogen werden: dem Anspruch der Oeffentlichkeit auf Bekanntmachung der Fahrzeiten wird durch Anschlagen des amtlichen Plakاتفahrplanes Rechnung getragen; daneben hat aber jedermann die Möglichkeit, ausführlichere Fahrpläne käuflich zu erwerben. Vgl. dazu Art. 16 und 17 der FahrplanVO bei Heß S. 469.

bzw. von den ihr angeschlossenen Studios, beabsichtigten Sendungen entsprechen; diese Bezeichnung läßt einen etwaigen Schluß auf amtlichen Charakter der Publikationen nicht zu.

Die der SRG auferlegte Publikationspflicht kann sich naturgemäß nur auf die Programme der einzelnen Studios und Landessender, nicht aber ausländischer Sendestationen, beziehen, denn sie ergibt sich ja einzig aus der Sendepflicht der SRG und kann keine Rücksicht darauf nehmen, daß die SRG zugleich die einzige schweizerische Stelle ist, der auf Grund internationaler Abmachungen die Programme zahlreicher ausländischer Sender mitgeteilt werden¹⁰.

Die SRG genügt der ihr durch die Sendekonzession auferlegten Publikationspflicht der schweizerischen Programme in der folgenden Weise:

Die Herausgabe der deutschschweizerischen Programme „Radiohörer“ und „Schweizer Radio-Zeitung“ besorgt die AGRAP, der von den Radiogenossenschaften, Studios und vom Kurzwellendienst die erforderlichen Angaben gemacht werden. Ähnlich ist die Lage in der übrigen Schweiz: die „Radio-Actualités“ werden von der „Société du Journal Radio Actualités“, die „Radioprogramma“ von der Studiogesellschaft „Radio Svizzera Italiana“ herausgegeben. In der Ausstattung mit literarischen, feuilletonistischen, illustrierten und anderen Beiträgen, also in rein redaktioneller Hinsicht, sowie in der Anordnung und Zusammenstellung der verschiedenen Programmanschauen sind sie untereinander verschieden. Auch werden diejenigen ausländischen Programme, die in den einzelnen Landesgegenden besonders gut hörbar sind, ausführlicher wiedergegeben als andere, weniger gut empfangbare. Das eigentliche Programmmaterial ist jedoch identisch; es wird den verschiedenen Herausgebern von der SRG, die es in- und ausländisch sammelt, zur Verfügung gestellt.

Auch das für die Hörer des Telefonrundspruchs bestimmte, eigens zu diesem Zwecke bearbeitete Programm basiert auf den Informationen der SRG. Indessen wird seine Zusammenstellung von der Generaldirektion PTT bzw. einer ihrer Dienststel-

¹⁰ De Reding S. 84, Buser S. 321 a.

len, besorgt, die ja auch die zur Vermittlung von Draht- und Rundspruch erforderlichen Verbindungen herstellt, also aus der Fülle des angezeigten Sendegutes diejenigen Sendungen auswählt, die sie ihren Abonnenten zuführen will.

Die SRG und ihre angeschlossenen Publikationsgesellschaften besitzen an den von ihnen gesammelten in- und ausländischen Programmen jedoch kein absolutes Monopol, das ihnen das ausschließliche Recht verleihen würde, die Programme nur in den eigenen, offiziellen Organen veröffentlichen zu dürfen. § 13 der Konzession verpflichtet die SRG, der Presse gegen eine bestimmte Vergütung gekürzte Programme der Landesender zur Verfügung zu stellen¹¹. Ueber die Mitteilung von ausländischen Programmen an die Presse äußert sich die Sendekonzession nicht; jedoch werden die folgenden Untersuchungen zeigen, daß auch für sie kein Monopol besteht. Diese Mitteilungspflicht an die Presse dient ebenfalls der Information der schweizerischen Konzessionäre und will vor allem diejenigen unter ihnen berücksichtigen, denen die Anschaffung einer besonderen Zeitung aus finanziellen Gründen nicht möglich ist; außerdem ist nicht zu übersehen, daß auf diese Weise für den Rundspruch geworben wird.

Buser¹² vertritt die Ansicht, daß der Konzessionär mit der Erwerbung einer Empfangskonzession einen Rechtsanspruch auf Mitteilung des Programminhaltes erwerbe und daher die Bekanntgabe der schweizerischen Programme ohne weitere Bezahlung verlangen könne, daß sich also die Abonnierung einer besonderen Radiozeitschrift vom Standpunkte des allgemeinen Interesses aus nicht rechtfertigen lasse. Dagegen könne ein Entgelt für die Mitteilung der ausländischen Programme verlangt werden, da ja für sie keine in der Sendekonzession gegründete Mitteilungspflicht der SRG bestehe. Wir möchten uns dieser Auffassung aber nicht anschließen, nicht nur, weil sie weder durch § 13 der Sendekonzession noch durch die Bestimmungen der verschiedenen Empfangskonzessionsarten nicht

¹¹ De Reding und Buser a. a. O.

¹² S. 231 a.

gestützt wird¹³, sondern auch deshalb, weil die durch die Mitteilung entstehenden Kosten (Druck, Verlag, Versand etc.) mit dem eigentlichen Sendebetrieb nichts mehr zu tun haben. § 13 will, wie wir ihn verstehen, nur eine Informationsmöglichkeit schaffen, ohne dabei der SRG wesentliche Mehrbelastungen zu verursachen. Auf die Fragwürdigkeit der Konzessionsbestimmung, wonach die SRG die schweizerischen Programme gegen Entgelt der Presse zur Verfügung stellen muß, wird später¹⁴ noch zurückzukommen sein.

C. Die Forderung der SRG nach einem Recht an den Programmen

Die von der SRG in ihren eigenen Publikationsorganen veröffentlichten Programme werden, so wird ausgeführt¹⁵, von schweizerischen Zeitungen abgedruckt, die dazu nicht berechtigt sind, indem sie entweder die schweizerischen Programme wiedergeben, ohne der SRG die in den Konzessionsbestimmungen vorgesehene Entschädigung geleistet zu haben, oder indem sie die ausländischen Programme abdrucken, an denen die SRG ein Recht geltend machen will. Beide Begründungen sind, wie sogleich gezeigt werden wird, nicht stichhaltig; überdies ist uns keine schweizerische Zeitung bekannt, die ausländische Programmvorschauen abdruckt, außer den speziell für den Telefonrundspruch zusammengestellten. Aber gerade darauf legt besonders de Reding großes Gewicht: daß die ausländischen Programme, die von der SRG gesammelt und in ihren offiziellen Organen veröffentlicht wurden, gegen einen Abdruck in anderen Zeitungen geschützt sind. Jeder von ihr nicht ausdrücklich gestattete (und offensichtlich nur gegen Entgelt erfolgende) Abdruck ausländischer Radioprogramme wird von de Reding als Verletzung des „droit de disposer des programmes étrangers“¹⁶ bezeichnet. Die folgenden Untersuchungen werden

¹³ Denn wenn angenommen werden sollte, daß der Konzessionär mit der Bezahlung der Hörgebühr gleichzeitig einen Anspruch auf Lieferung der Programme (in irgend einer Form) erwerbe, so müßte das zweifellos in den Konzessionsbestimmungen ausdrücklich erwähnt sein.

¹⁴ S. 140 ff.

¹⁵ De Reding S. 84/5, Buser S. 232 a.

¹⁶ De Reding S. 84.

zeigen, daß ein solches Recht überhaupt nicht existiert, daß es aber auch in rechtspolitischer Sicht keineswegs erforderlich ist. Denn dem finanziellen Gewinn, der mit der Einführung eines Rechtes am Radioprogramm erzielt werden soll, steht keine irgendwie schutzwürdige Leistung seitens der SRG, kein rechtserhebliches Interesse, gegenüber.

II. Rechtsgrundlagen zum Schutze des Radioprogramms

A. Vorbemerkungen

1. Die SRG, die den von ihr nicht ausdrücklich gestatteten Abdruck der ausländischen Radioprogramme unterbinden will, stützt sich zur Begründung ihres Postulates vor allem darauf, daß sie allein, und nur sie, durch die im Schoße der UIR mit ausländischen Sendegesellschaften abgeschlossenen Verträge über die ausländischen Radioprogramme verfügen soll: „La SSR a donc seule le droit de disposer des programmes étrangers“¹⁷. Sie verlangt also eine Monopolstellung hinsichtlich den von ihr gesammelten und publizierten ausländischen Programmen, die vor allem aus finanziellen Gründen gefordert wird. In andern Ländern, so wird ausgeführt¹⁸, stellten die offiziellen Programmpublikationen für die sie herausgebenden Sendegesellschaften und die Monopolstellung gegenüber der Presse eine beträchtliche Einnahmequelle dar, was jedoch für die Schweiz deshalb nicht zutreffe, weil einerseits die schweizerischen Programme auch anderen Zeitungen zur Veröffentlichung überlassen werden müßten (wobei allerdings nicht vergessen werden darf, daß dies — wenigstens nach den Konzessionsbestimmungen — nicht unentgeltlich, sondern gegen eine Entschädigung geschieht), und weil überdies die ausländischen Programme nicht geschützt seien und von anderen Zeitungen ohne jedes Entgelt aus den offiziellen Programmschriften abgedruckt werden dürfen. Die SRG möchte also bewirken, daß sie nicht nur die einzige schweizerische Stelle ist, der die ausländischen Programme mitgeteilt werden, sondern auch die alleinige In-

¹⁷ De Reding a. a. O.

¹⁸ De Reding S. 84/5.

stanz, die sie in der Schweiz veröffentlichen oder allenfalls anderen Zeitungen gegen Entschädigung zur Veröffentlichung übergeben darf. Diese Monopolstellung, die mit der exklusiven Belieferung mit ausländischen Programmen in tatsächlicher Hinsicht beabsichtigt war, sollte rechtlich unterbaut werden: „Ce droit (cf. de disposer des programmes étrangers) ne repose que sur une convention sous seing privé qui n'est pas encore sanctionnée par une disposition légale. . . . Il est nécessaire que ce droit soit établi officiellement“¹⁹. Nun basiert dieses Postulat aber zweifellos auf einem etwas eigentümlichen Gedankengang: Zwei private Rechtssubjekte kommen im Rahmen einer völlig privaten Uebereinkunft, die nach außen keinerlei Wirkungen haben kann, überein, jedes andere Rechtssubjekt von der Belieferung mit ihren Radioprogrammen auszuschließen, um sich so gegenseitig den ausschließlichen finanziellen Gewinn aus der Veröffentlichung der Programme zu sichern. Die SRG bemerkt jedoch, daß sich die Rechtsordnung (wie sogleich gezeigt wird) in keiner Weise um die völlig interne Abmachung kümmert. Damit ihr jedoch der erhoffte Gewinn nicht entfalle, verlangt sie vom Gesetzgeber, daß er das Monopol mit einer gegenüber jedermann verbindlichen Wirkung ausstatte. Diese Forderung ist aber, wie wir erkennen werden, völlig verfehlt und grundlos²⁰.

2. Die SRG stellt fest, daß das Ausarbeiten der Programme „un travail intellectuel“²¹ darstelle, der diese rechtlich geschützte Monopolstellung rechtfertige. Es kann allerdings nicht bestritten werden, daß dies für die Zusammenstellung des gesamten Sendegutes, für Auswahl und Anordnung der einzelnen Darbietungen, zutrifft. Aber das Radioprogramm, d. h. die zur Veröffentlichung gelangende Zusammenfassung und Uebersicht, ist bestimmt weit weniger Produkt einer ausgesprochen intellektuell-geistigen Tätigkeit, da es nur aus den Titeln der

¹⁹ De Reding S. 85.

²⁰ Gleichermäßen unbegründet wäre es, wenn etwa ein Kaufmann, der die alleinige Generalvertretung eines ausländischen Produktes innehat, vom Gesetzgeber verlangen wollte, daß allen anderen, die auf rechtmäßige Weise in den Besitz des Produktes gelangt sind, also Wiederverkäufern, Detailisten, Trödlern etc., der Verkauf verboten wird.

²¹ De Reding S. 84.

zur Aufführung gelangenden Darbietungen besteht. Gleich liegt der Fall bei den in den größeren Tageszeitungen veröffentlichten Theater-Wochenprogrammen: auch hier setzt die ihnen zugrundliegende Spielplangestaltung zweifellos künstlerische und geistige Arbeit voraus²², aber vom Niederschreiben und Zusammenfassen der einzelnen Schauspiel- und Operntitel kann dies doch wohl nicht behauptet werden. Es ist der Unterschied zwischen Inhalt eines Werkes und Inhaltsverzeichnis, zwischen einer Leistung und deren bloßer Ankündigung, den wir hier aufzeigen wollen, und der unserer Ansicht nach auch die zur Beurteilung des Rundfunkprogramms notwendigen Kriterien liefert. Aber wenn man auch der SRG, bzw. den einzelnen Studios, für die Zusammenstellung des Wochenprogramms eine gewisse intellektuelle Betätigung zubilligen wollte, so kann dies für die von ihr gesammelten ausländischen Programme bestimmt nicht gelten. Hier tritt sie doch bloß als Empfänger einer Mitteilung auf und möchte die zur Kenntnis genommenen Tatsachen möglichst gewinnbringend verwerten. Zwar hat sie nach den getroffenen Vereinbarungen auch den ausländischen Sendestationen ihre eigenen Programme mitzuteilen, aber das kann noch keine rechtlich fundierte Monopolstellung begründen.

3. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die meisten schweizerischen Programmpublikationen außer dem eigentlichen Programmteil noch andere Beiträge enthalten, die zur Erbauung oder Belehrung der Leser dienen sollen und in einem mehr oder weniger direkten Zusammenhang zum Radiowesen stehen. Selbstverständlich fallen diese Bestandteile für unsere weiteren Untersuchungen nicht in Betracht. Die SRG macht auch an ihnen keinerlei Rechte geltend; ihr Abdruck wird nur die betreffenden Verfasser oder Redaktionen interessieren. Hier soll nur die eigentliche Programmvorschau betrachtet werden, die Zusammenstellung des von in- und ausländischen Sendern im Berichtsabschnitt zur Sendung gelangenden Sendegutes, jedoch in jeder denkbaren Darstellungsform, also auch tabellarische Uebersichten und Zusammenstellungen, die nach Stoff,

²² Fränkel S. 18/19.

nach Sendern oder Tageszeiten gruppiert sind. Als wesentlichen Bestandteil der Programme erachten wir auch die Angaben über Wellenlängen, Sendezeiten, Stärke, Rufzeichen der Sender und ähnliche technische Angaben, die sich direkt auf den Sendebetrieb beziehen und zum Empfangen der verschiedenen Stationen notwendig oder nützlich sind.

4. Die von der SRG bekämpfte Verwertung der ausländischen Radioprogramme durch die Presse geschieht in der Weise, daß die in den offiziellen Programmschriften veröffentlichten Vorschauen ganz oder auszugsweise abgedruckt werden. Die Verwertung der inländischen Programme, und nur sie wird praktisch überhaupt in größerem Maße durchgeführt, besteht darin, daß die Einzelheiten nicht von der SRG gegen Entgelt bezogen, sondern aus den offiziellen Programmen abgedruckt werden. Objektiv betrachtet handelt es sich also um den gewöhnlichen Ab- oder Nachdruck von gedruckt veröffentlichtem Stoff, und somit wird es sich in erster Linie darum handeln, zu untersuchen, ob die Programme als Zeitungsinhalt nach urheberrechtlichen Grundsätzen vor Reproduktionen geschützt werden können. Ist ein solcher Schutz nicht möglich, so bietet sich uns, bevor wir auf die Forderung der SRG nach einem Recht am Programm eingehen, noch die Möglichkeit, den Abdruck der Programme unter dem Gesichtspunkte des Wettbewerbsrechtes zu untersuchen.

B. Das Radioprogramm als Zeitungsinhalt

1. Die urheberrechtliche Natur des Radioprogramms

Das Radioprogramm genießt nach schweizerischem Recht nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn es nicht zu den einfachen Zeitungsmittellungen, den Tagesneuigkeiten oder den vermischten Nachrichten gehört²³, wenn es also ein Werk im Sinne des Urheberrechtes darstellt. Werk kann aber nach dem Geist des Gesetzes und nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur eine eigenartige Geistesschöpfung von in-

²³ URG Art. 25, Abs. 2, Streuli S. 17.

dividuellem Gepräge²⁴, eine „schöpferische Formgebung geistiger Werte“²⁵, sein. Beide Voraussetzungen werden vom Radioprogramm, d. h. von der zusammengefaßten Uebersicht über die Darbietungen eines oder mehrerer Sender, nicht erfüllt.

Das Radioprogramm ist erstens nicht geistiger Wert, sondern die rein tatsächliche, die technische Nennung der Titel von Aufführungen, von denen zwar einzelne urheberrechtliche Werke wiedergegeben; es ist nur Ankündigung von Leistungen. Es ist aber auch keine schöpferische und eigenpersönliche Formgebung, sondern bloß eine „rein objektive Mitteilung bestimmter Tatsachen“²⁶ in einer Form, die keine schöpferischen Züge aufweist. Es unterscheidet sich in Gehalt und Form in nichts vom Theaterprogramm, von Vorschauen über künstlerische oder sportliche Veranstaltungen aller Art, von Fahrplänen, Bücherkatalogen, ja nicht einmal von den publizierten Wochenübersichten der in einem bestimmten Restaurant servierten Speisen. Es ist klar, daß alle diese Uebersichten, Zusammenfassungen und Voranzeigen einen mehr oder weniger großen Arbeitsaufwand, mitunter auch geistig-intellektueller Natur, voraussetzen²⁷, welcher aber nie von einer derart ausgeprägten künstlerisch-schöpferischen Art ist, daß sich sein urheberrechtlicher Schutz rechtfertigen ließe. Da aber nach übereinstimmender Ansicht²⁸ Programme der erwähnten Art keinerlei Urheberrechte begründen, kann die SRG weder selbst noch durch ihre offiziellen Organe irgendwelchen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen. Die von ihr in den offiziellen Radiozeitungen veröffentlichten ausländischen Radioprogramme sind daher zu den einfachen Zeitungsmitteilungen, Tagesneuigkeiten und vermischten Nachrichten zu zählen²⁹. Ihr Abdruck in an-

²⁴ Für viele: BGE 70 II S. 61.

²⁵ Iklé S. 9.

²⁶ Fränkel S. 18.

²⁷ Buser S. 231 a f.

²⁸ Fränkel 18/19 und die dort zitierte Literatur, de Rham S. 78 ff., Neugebauer, FunkR S. 165, Urteil des Oberlandesgerichtes Berlin und Kommentar dazu von Riezler i. Jurist. Wochenschrift 1925, S. 148/9.

²⁹ Unter ihnen gehören sie wohl am ehesten zu den einfachen Zeitungsmitteilungen. Tagesneuigkeiten sind eher Nachrichten aktueller Natur (*dernières nouvelles*). Indessen spielt diese Unterscheidung keine wesentliche Rolle, da alle drei Arten von Zeitungsmitteilungen gleichermaßen urheberrechtlich nicht geschützt sind.

deren Zeitungen kann also nicht als Urheberrechtsverletzung bezeichnet werden und ist frei.

Das gilt aber nicht nur für die ausländischen, sondern auch für die schweizerischen Radioprogramme: auch sie dürfen, wenn sie in den offiziellen Radiozeitungen veröffentlicht wurden, von jeder anderen Zeitung abgedruckt werden. Und hier zeigt sich nun die Fragwürdigkeit jener Bestimmung von § 13 der Sendekonzession, in der der SRG die Pflicht auferlegt wird, der Presse die schweizerischen Programme gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Wir können uns nicht gut denken, daß eine Zeitung der SRG eine Entschädigung leistet, um die schweizerischen Programme zu erhalten, wo sie doch die Möglichkeit hat, dieselben Programme aus den Radio-Zeitungen abzudrucken, ohne daß sie verpflichtet wäre, dafür irgend ein Entgelt zu leisten. Die der SRG vom Bund in Aussicht gestellten Einnahmen haben also rein illusorischen Wert. Wenn man aber annehmen wollte, daß diese Entschädigung im Urheberrecht begründet ist, dann würde ja die Sendekonzession, d. h. die einer Privatperson erteilte Bewilligung zum Betriebe eines Radiodienstes, das Prinzip der Abdruckfreiheit einfacher Zeitungsmitteilungen aufheben oder das Radioprogramm als Werk betrachten, was jedoch unserer Ueberzeugung nach unmöglich ist. Wie erkennen daher, daß dieser Anspruch auf Entschädigung, wie er der SRG durch § 13 der Konzession praktisch eingeräumt wird, durch die Publikationspflicht desselben § 13 wieder aufgehoben wird, und daß er in einer neuen Sendekonzession oder in einem Rundfunkgesetz keinen Platz mehr hat. Außerdem fragen wir uns, ob die in der Sendekonzession vorgesehene Erhebung einer Entschädigung für die Mitteilung der schweizerischen Programme, die zunächst nichts anderes darstellen kann als eine der SRG erteilte Befugnis ihrer Sendetätigkeit, einerseits ein Recht auf Entschädigung seitens der SRG und andererseits eine Pflicht zur Leistung seitens der übrigen Zeitungen begründen kann. Denn die Sendekonzession kann über das Verhältnis Staat—Konzessionär hinaus keine gegenüber Dritten verbindlichen Rechte oder Pflichten begründen. Namentlich aber kann sie nichts daran ändern, daß die Radiopro-

gramme in der Schweiz urheberrechtlich nicht geschützt sind, und daß ihr Nachdruck gestattet ist.

2. Abdruck des Radioprogramms als unlauterer Wettbewerb?

Es ist die Bestrebung vieler Zeitungsunternehmungen, den Abdruck derjenigen Teile ihrer Publikationen, denen ein urheberrechtlicher Schutz versagt ist, als Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes zu bezeichnen und auf diese Weise untersagen zu können³⁰. Es soll daher auch der Nachdruck von Radioprogrammen aus den offiziellen Organen der SRG unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden.

Es steht außer Frage, daß zwischen den Herausgebern von Radioprogrammen und von anderen Zeitungen ein wirtschaftliches Wettbewerbsverhältnis besteht. Beide stellen Druckerzeugnisse her, die sie der Öffentlichkeit zum Kaufe anbieten; beide erstreben eine möglichst große Zahl von Kunden, d. h. von Käufern und Abonnenten, die den finanziellen Gewinn der Unternehmungen vergrößern sollen. Dabei spielt unseres Erachtens die Tatsache keine Rolle, daß sich die Radiozeitungen mehr an Konzessionäre und Radiohörer im allgemeinen wenden, während sich der Leserkreis der Tageszeitungen nach anderen Gesichtspunkten zusammensetzt³¹. Beide Zeitungsarten sind Mitbewerber auf dem Gebiete der wirtschaftlich betriebenen Publikation, und der Wettbewerb zeigt sich indirekt daran, daß viele Radiohörer auf die Anschaffung einer eigentlichen Radiozeitung verzichten, weil ihre Tageszeitung ebenfalls Programmvorschaue veröffentlicht.

Wer die Radioprogramme aus den offiziellen Programmschriften abdruckt, begeht nur dann eine vom UWG verbotene Wettbewerbshandlung, wenn er im Bestreben, seinen Mitbewerber zu übertreffen, unlautere Mittel anwendet, wenn er in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise den wirtschaftlichen Wettbewerb mißbraucht³². Der wirtschaftliche

³⁰ Troller S. 191/2.

³¹ Ebenso besteht ja auch ein Konkurrenzverhältnis zwischen Zeitungen von verschiedenen politischen oder konfessionellen Richtungen, sobald sie der allgemeinen Öffentlichkeit zum Kaufe angeboten werden.

³² Vgl. dazu unsere Ausführungen in § 21, I, S. 85 ff.

Wettbewerb an sich ist nicht verboten, doch sollen seine Auswüchse unterbunden werden. Dabei bemißt sich die Unlauterkeit der angewendeten Mittel nicht nur nach den in UWG Art. 1, Abs. 2 ausdrücklich erwähnten Tatbeständen, sondern auch nach dem allgemeinen normativen Gebot von Treu und Glauben³³.

Von den in UWG Art. 1, Abs. 2, lit. a—h aufgezählten Einzeltatbeständen dürfte für den vorliegenden Fall wohl am ehesten lit. d. in Frage kommen, wonach derjenige den lautereren Wettbewerb in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise mißbraucht, der „Maßnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken oder Leistungen eines anderen herbeizuführen“. Es darf aber nicht übersehen werden, daß diese Bestimmung vor allem dem Schutze der sich nach außen manifestierenden Geschäftspersönlichkeit, der spezialgesetzlich nicht geschützten Ausstattung, der individuellen Kennzeichnung, dient³⁴, daß sie also ihrem Schutzgegenstande nach starke Zusammenhänge mit dem Markenrecht aufweist. Dieser Schutz wäre wohl nur dann erforderlich, wenn durch den Abdruck der Radioprogramme nach der äußeren Aufmachung angenommen werden müßte, es liege ein offizielles Programmheft vor, wenn also die Oeffentlichkeit bewußt irregeführt würde über die Herkunft der Programme. Die Tageszeitungen, die die schweizerischen Radioprogramme abdrucken, verwenden jedoch eine andere äußere Aufmachung, und es ist kaum anzunehmen, daß ihre Leser vermeinen, eine offizielle Radiozeitung vor sich zu haben. UWG Art. 1, Abs. 2, lit. d fällt daher in diesem Zusammenhang nach unserer Ueberzeugung außer Betracht.

Dagegen ist zu überlegen, ob nicht vielleicht der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben, wie er in UWG Art. 1, Abs. 1 generell aufgestellt ist, durch den Abdruck der Radioprogramme verletzt werde. Kann den Zeitungen die Verwendung unredlicher Mittel vorgeworfen werden? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns daran erinnern, daß das

³³ Troller S. 195.

³⁴ Troller S. 204/5, v. Büren S. 84.

Radioprogramm, auch das ausländische, keinen urheberrechtlichen Schutz genießt. Es ist also frei und steht dem Abdruck durch jedermann offen. Es begründet nach Urheberrecht keine Monopolstellung, und daher ist nicht einzusehen, weshalb nun auf dem Umweg über das UWG ein solches Monopol doch noch errichtet werden soll. Diejenigen Zeitungen, die die Radioprogramme aus den offiziellen Radiozeitungen abdrucken, verstoßen also, zumal der Abdruck in rechtlich einwandfreier Weise erfolgt, nicht gegen UWG Art. 1. „Man kann die Annahme eines solchen Verstoßes auch nicht mit der allgemeinen Erwägung begründen, die Antragsgegnerin (d. h. in casu die nachdruckende Zeitung) handle unanständig, wenn sie das von der Antragstellerin mit Geldopfern erlangte Material geflissentlich und unentgeltlich für sich ausnutze. Auf diese Weise können die vom Gesetz gezogenen Grenzen des Urheberschutzes nicht erweitert werden“³⁵. Die gleichen Ueberlegungen gelten auch für das Verhältnis von Patentschutz und Wettbewerbsrecht³⁶. Die angestrebte Monopolstellung läßt sich aber auch nicht damit begründen, daß das schutzwürdige Interesse der SRG in der zeitlichen Priorität der von ihr veröffentlichten Programme liege. Denn im Gegensatz zu den Tagesneuigkeiten, Telegrammen und anderen aktuellen Berichterstattungen, die Auskunft geben über stattgefunde Ereignisse aus der unmittelbaren Vergangenheit und ihres aktuellen Wertes wegen in einem begrenzten Ausmaße geschützt werden könnten³⁷, geben die Radioprogramme eine Uebersicht über kommende Ereignisse, die zwar rechtzeitig veröffentlicht werden soll, sonst aber keinen ausgesprochen aktuellen Wert besitzt. Indem Radioprogramme, analog zu den Theaterprogrammen und anderen ähnlichen Vorschauen, jedes rechtlich relevanten Interesses entbehren, kann ihr Abdruck auch nicht mit den zum Schutze des wirtschaftlichen Wettbewerbes erlassenen gesetzlichen Vorschriften verboten werden. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Nach-

³⁵ Urteil des Oberlandesgerichtes Berlin i. Jurist. Wochenschrift 1925, S. 149.

³⁶ Troller S. 204.

³⁷ Vgl. dazu S. 150 ff., unten.

³⁸ Buser S. 231 a.

druck die schweizerischen oder die ausländischen Programme betrifft, die in den offiziellen Radioprogrammen veröffentlicht wurden, und ob er nur auszugsweise oder vollumfänglich erfolgt³⁹. Ein irgendwie gearteter Schutz der Radioprogramme würde unseres Erachtens eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung der Radiozeitungen gegenüber anderen Presseorganen, die ähnliche Programme veröffentlichen und keinen Schutz in Anspruch nehmen können, nach sich ziehen und das Prinzip der Rechtsgleichheit mißachten.

In diesem Zusammenhange ist darauf hinzuweisen, daß die deutsch-schweizerischen Radiozeitungen im Programmteil tabellarische Wochenübersichten veröffentlichen, denen sie den Zusatz „Gesetzlich geschützt (Nachdruck und Nachahmung verboten)“ anfügen. Es ist nicht klar ersichtlich, welcher gesetzliche Schutz hier in Anspruch genommen wird. Selbstverständlich kann kein Urheberrecht geltend gemacht werden; zwar mag man diesen Tabellen eine etwas originellere Formgebung des Stoffes zubilligen als den gewöhnlichen Programmzusammenstellungen, aber der materielle Inhalt ist in beiden Fällen kein geistiges Gebilde. Auch markenrechtlicher Ausstattungsschutz kann wohl nicht in Frage kommen, da als Ausstattung nur die Individualisierungsform einer Ware gelten kann, die die Funktion eines Herkunftszeichens ausübt, die in ihrer speziellen, originellen Ausgestaltung im Publikum sofort die eindeutige und zweifelsfreie Ueberzeugung wachruft, daß die Ware nur von einem bestimmten, durch die Ausstattung hinlänglich gekennzeichneten Hersteller stammen kann⁴⁰. Wir glauben nicht, daß das Publikum diese tabellarischen Zusammenstellungen als Individualisierungszeichen für die SRG bzw. ihre Publikationsunternehmungen anerkennt, da sie weder übermäßig originell noch zur Individualisierung besonders geeignet sind. Anders wäre die Lage, wenn beispielsweise die ganze Radiozeitung in einer besonderen Form oder Aufmachung erscheinen würde, die von einer anderen Zeitung nachgeahmt würde. Aber auch andere spezialgesetzliche Schutzvorschriften des

³⁹ Anders: Buser S. 232 a.

⁴⁰ Vgl. Elster S. 211 ff., Troller S. 87 ff.

gewerblichen Rechtsschutzes können auf die erwähnten Tabellen keine Anwendung finden, so daß wir erkennen müssen, daß der gesetzliche Schutz, auf den die Radiozeitungen hinweisen, nicht im gewerblichen Rechtsschutz gefunden werden kann.

Auch die Angaben über die verschiedenen in- und ausländischen Sender, die Wellenlänge, Sendezeiten, Stärke, Rufzeichen etc., die den Programmvorschauen angefügt sind, können, da sie rein tatsächliche Mitteilungen darstellen, weder urheber- noch wettbewerbsrechtlich geschützt werden.

Wir erkennen also, daß der gesamte Inhalt der schweizerischen Programmvorschauen, sowohl der in- als auch der ausländische, nach bestehendem Recht keinen Schutz gegen Nachdruck durch andere Zeitungen genießt.

C. Das Radioprogramm als gewerbliche Leistung

Der Rechtsschutz, den die SRG hinsichtlich des von ihr gesammelten in- und ausländischen Programmaterials verlangt, wird nach ihrer Meinung vor allem dadurch gestützt, daß das Zusammenstellen der Programme „un travail intellectuel“⁴¹ voraussetze; diese gewerbliche Leistung aber sei so erheblich, daß sich aus ihr zwangsläufig die Gewährung einer Monopolstellung rechtfertigen müsse. Aber worin besteht sie denn, wenn wir nur das eigentliche Programm, d. h. die Uebersicht über die in Aussicht genommenen Darbietungen, und nicht die Gesamtheit des Sendegutes betrachten? Doch wohl nur im Zusammenfassen der Titel und Bezeichnungen jener Darbietungen, was sicherlich keine übertrieben intellektuelle Arbeit darstellt, auch keine gewerbliche Leistung, die ihres Wertes wegen über andere und wesensverwandte hinausgehoben zu werden verdient. Die SRG tritt hier praktisch in der gleichen Weise in Erscheinung wie etwa ein Buchhändlerverein, der einen Katalog von allen auf einen bestimmten Termin erscheinenden Büchern in- und ausländischer Verlage anfertigt und ihn publiziert. Daß in beiden Fällen mitunter hohe Kosten entstehen können ist nicht zu bestreiten. Aber diese Kosten allein vermögen noch keine

⁴¹ De Reding S. 84, Buser S. 231 a f.

Monopolstellung zu rechtfertigen. Der mit der Monopolstellung beabsichtigte finanzielle Gewinn steht in keinem vernünftigen Verhältnis zur eigenen Leistung. Uebersdies darf wohl angenommen werden, daß auch bei der jetzigen Rechtslage, da der Abdruck der einmal veröffentlichten Programme nicht verboten ist, Verlag und Herausgeber der schweizerischen Programmschriften und dadurch auch die an ihnen beteiligten Radiogenossenschaften sowie die SRG direkten oder indirekten finanziellen Gewinn erzielen.

Nun ist allerdings anlässlich der Konferenz von Samaden auch ein Konventionsentwurf zum Schutze der Pressenachrichten aufgestellt worden⁴², und es könnte die Meinung vertreten werden, hinsichtlich der Radioprogramme sei die SRG solchen Pressenachrichtenbüros gleichzustellen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß Aufgabe und Tätigkeitsbereich der Pressenachrichtenbüros grundverschieden sind von denjenigen der SRG. Die Beschaffung der Tagesnachrichten verursacht tatsächlich erhebliche Kosten: es müssen Berichterstatter, Korrespondenten, Mitarbeiter aller Art angestellt, Uebermittlungsapparate angeschafft, Telefonlinien gemietet werden. Und vor allem sollen die Tagesneuigkeiten, die die Pressenachrichtenbüros beschaffen, ihres aktuellen Wertes und der in der zeitlichen Priorität liegenden Bedeutung wegen geschützt werden. Derjenige, der sich eine Mitteilung oder Nachricht durch seine eigenen Investitionen und Arbeitsleistungen vor allen andern verschaffen kann, soll auch das Recht haben, für eben diese schnelle Information geachtet zu werden. So sieht das Avant-Projet No. 3 von Samaden vor, daß Pressenachrichten nur unter Quellenangabe wiedergegeben werden dürfen⁴³, und daß überdies solche Informationen, die durch unlautere Mittel erlangt worden sind, erst dann publiziert werden dürfen, wenn sie von der sie beschaffenden Agentur veröffentlicht wurden⁴⁴. Dieser Rechtsschutz schafft also keine direkten materiellen

⁴² «Texte de l'avant-projet de convention assurant la protection des informations de presse» i. D. A. 1940, S. 136, deutsche Uebersetzung i. UFITA 1941, S. 60/1, Besprechung ebenda S. 134 ff.

⁴³ Art. 5, lit. a.

⁴⁴ Art. 5, lit. b.

Vorteile und keine Monopolstellung; er beschränkt sich auf den Minimalschutz eines einzigen Aspektes der Leistung: auf den Schutz desjenigen, der die Nachricht zuerst beschafft hat.

Dieser Schutz entspricht aber offensichtlich nicht den Absichten der SRG, ganz abgesehen davon, daß die Beschaffung von Radioprogrammen nicht durch die besonders qualifizierte Leistung ermöglicht wird, um deretwillen die Pressenachrichten geschützt werden sollen.

Wir halten es daher nicht für notwendig, daß die SRG de lege ferenda ein Monopol für die Veröffentlichung der in- und ausländischen Programme erhalten soll, weder innerhalb des Urheberrechtes noch im Rahmen des Leistungsschutzrechtes. Denn wenn einmal die Radioprogramme geschützt sind, kann der Schutz von Theater- und Konzertprogrammen, von sportlichen, gesellschaftlichen und anderen Vorschauen, ja selbst von Eisenbahnfahrplänen, nicht mehr versagt werden. Es bedarf aber keines besonderen Hinweises darauf, daß dies zu weit führen und nicht nur das ganze System des Urheberrechtes, sondern auch das ganze Pressewesen, das ja zu einem guten Teil von der Nachdruckfreiheit profitiert, zerstören würde.

Die Absichten der SRG sind, wie sie in der Schrift ihres Generalsekretärs⁴⁵ geäußert wurden, rein pekuniärer Natur und als solche rechtsunerheblich. Es ist verständlich, daß versucht werden soll, die Einnahmenquellen zu vermehren, aber dies darf nicht auf Kosten der Allgemeinheit und einer sauberen Rechtsordnung geschehen.

⁴⁵ De Reding S. 84/5. Dabei sind wir uns allerdings bewußt, daß seine Ansichten nicht notwendigerweise diejenigen der SRG repräsentieren.

Schlußwort

Die vorstehenden Untersuchungen haben uns gezeigt, daß die Rundfunksendung, dieses wichtige und mächtige Mittel der Belehrung, Erbauung und Information, das in wenigen Jahren vom experimentalen Versuch Weniger zum Allgemeingut vieler geworden ist, vermöge seines geistigen Gehaltes und der ihm immanenten materiellen Werte zum Gegenstand weitgehender Verwertung und Ausbeutung geworden ist, jedoch nach Maßgabe der bestehenden Gesetzgebung einen hinreichenden Schutz nicht genießen kann.

2. Auf der Suche nach einem geeigneten Rechtsschutz sind wir zu einem Rechtsgebiet gelangt, das neue Prinzipien und neue Begriffe schafft und sich als Bestandteil des gewerblichen Rechtsschutzes zu erkennen gibt. Ueber die Rundfunksendung hinaus umfaßt es Leistungen, die bis heute in ungenügender oder systemwidriger Weise geschützt wurden. Der Ausbau des Leistungsschutzrechtes liegt im Interesse nicht nur der beteiligten wirtschaftlichen Kreise, unter denen derjenige der Unterhaltungsindustrie der wichtigste ist¹, sondern der Rechtsentwicklung überhaupt. Er bietet die Gewähr, daß der bestehende gewerbliche Rechtsschutz, insbesondere der Urheberrechtsschutz, von Verfälschungen und gefährlichen Ausweitungen bewahrt werden kann, daß aber dennoch der technischen Entwicklung, wie sie sich am Aufkommen von Rundspruch, Film und Television zeigt, Rechnung getragen werden kann.

3. Diese Untersuchungen haben nur einen Aspekt der zahlreichen Rechtsfragen aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechtes aufzeigen können, die sich im Zusammenhang mit der Rundfunksendung stellen. Auch nach der Bruxeller Revision der Berner Uebereinkunft, die auf dem

¹ Vgl. Iklé S. 145 ff.

Gebiete des Rundfunkwesens einige Klärung gebracht hat², müssen noch viele Fragen gelöst werden, unter denen die nachstehende für die schweizerischen Verhältnisse von besonderer Bedeutung sein kann:

Nach Art. 11 bis, Abs. 1 der in Bruxelles revidierten Berner Uebereinkunft hat der Urheber eines Werkes der Literatur oder Kunst nicht nur das alleinige Senderecht, sondern er hat überdies das Recht, „d'autoriser toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine“. Das bedeutet aber, daß er die durch Drahtfunk erfolgende Uebermittlung seines gesendeten Werkes verbieten kann, wenn feststeht, daß derjenige, der die Drahtfunkvermittlung durchführt, mit dem ursprünglich Aussendenden nicht identisch ist. Wie ist nun aber die Rechtslage hinsichtlich des schweizerischen Telefonrundspruches? Ist die Generaldirektion PTT, die den Telefonrundspruch durchführt, mit der schweizerischen Rundspruchgesellschaft identisch, oder hat der Urheber die Möglichkeit und das Recht, nicht nur für die eigentliche radioelektrische Aussendung, sondern auch für die mittels Draht erfolgende Uebermittlung seines Werkes eine Entschädigung zu verlangen?

Des Weiteren sind wir auf die Frage gestoßen, ob sich der Autor, der die Sendung seiner Werke durch den Rundfunk gestattet, nicht angesichts der tatsächlichen Verhältnisse eine Zwangslizenz für die durch die Verwertung der Sendung ermöglichte Ausbeutung seines Werkes gefallen lassen muß, und ob nicht diese Zwangslizenz neben den in URG Art. 17, 18, 19 und 21 aufgeführten ins Gesetz aufzunehmen sei³.

4. Wir haben aber auch erkannt, daß nicht nur das Urheberrecht, sondern auch die Sende- und Empfangskonzessionen, die nach Maßgabe des öffentlichen Rechtes einen Rundspruchbetrieb erst ermöglichen, abgeändert werden müssen, und zwar einerseits, um den Schutz der Rundfunksendung zu

² Eine Zusammenfassung der Resultate der Bruxeller Revisionskonferenz gibt Bolla i. D.eA. 1949, S. 25 ff., insbesondere S. 31 f. bezüglich der mit der Rundfunksendung zusammenhängenden Fragen.

³ Vgl. § 9, III, S. 39 f.

ermöglichen⁴, und andererseits, um Klarheit über die Rechtsverhältnisse der Radioprogramme zu schaffen⁵. Unserer Auffassung nach haben die Revisionen von Urheberrecht und Rundpruch-Sendekonzession oder allenfalls die Schaffung eines Rundfunkgesetzes Hand in Hand zu gehen und aufeinander Rücksicht zu nehmen, weil auf diese Weise die mannigfaltigen wechselseitigen Beziehungen zwischen Urheber, Interpret und Rundfunksender beachtet werden und Ueberschneidungen und Kollisionen verhindert werden können.

5. Die rechtspolitischen Postulate, die sich am Schlusse unserer Untersuchungen aufdrängen, gehen dahin, es möchte auf nationalem wie auf internationalem Gebiete mit der Erweiterung des Urheberrechtes und der Einführung von verwandten Schutzrechten nach den Grundsätzen des Leistungsschutzes nicht länger gezögert werden. Als Vorbilder mögen die Urheberrechtsgesetze von Oesterreich und Italien sowie die Avant-Projets von Samaden dienen; die wissenschaftliche Fundierung besorgten vor allem Hoffmann, Elster und Piola-Caselli, und es ist zu hoffen, daß ihre Erkenntnisse auch bei einer Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes berücksichtigt werden. Die Ergänzung des Urheberrechtes durch die verwandten Schutzrechte auch in der Schweiz ist unerläßliche Voraussetzung für einen wirksamen privatrechtlichen Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung in dem von uns dargelegten Sinne; nur durch sie kann eine Erscheinung genügend und systemgerecht geschützt werden, die ihrem Wesen und Wert nach diesen Schutz schon lange verdient hätte.

⁴ Vgl. § 23, IV, S. 109 f.

⁵ Vgl. Anhang, II, B, 1, S. 142 ff.

Curriculum vitae

Ich wurde am 7. März 1925 als zweiter Sohn von Dr. med. E. Denzler und Esther geb. Gengenbach in Zürich geboren, wo ich auch die Primarschule besuchte. Im Anschluß daran absolvierte ich die erste Klasse der Sekundarschule und darauf das kantonale Gymnasium, an dessen Realabteilung ich 1944 die Reifeprüfung bestand. Nach Abschluß des Studiums an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich bestand ich am 7. Juli 1951 die mündliche Doktorprüfung.

